Anahatlarıyla

İslâm Hukuku

(Temel Bilgiler-Kaynaklar)



Prof. Dr.
Servet Armağan



Anahatlarıyla

İslâm Hukuku

(Temel Bilgiler- Kaynaklar)

Prof. Dr. Servet ARMAĞAN

19 Mayıs 1939'da Şanlıurfa'da doğdu. İlk öğrenimini aynı ilde Vatan İlkokulu'nda, lise öğrenimini ise Şanlıurfa Lisesi'nde tamamladı. 1956 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yüksek öğrenimine başladı, 1960 yılında mezun oldu. 1961 yılı başında açılan asistanlık imtihanını kazanarak "Esas Teşkilat (Anayasa) Hukuku" kürsüsünde asistan oldu. Nisan ayında göreve başladı. 1966 yılında hukuk doktoru, 1971 yılında üniversite doçenti, 1976 yılında ise üniversite profesörü unvanlarını aldı. 1983-1990 yılları arasında 'Islamic Development Bank'a bağlı 'Islamic Research and Training Institut'da (Cidde-Suudi Arabistan) İslâm Hukuku ve İslâm Ekonomisi üzerine araştırma yaptı. Toplam 15 bilimsel İngilizce ve Arapça rapor hazırladı, konferans verdi bu kurum adına uluslararası toplantılara katıldı.

1990-1992 yılları arasında Diyarbakır Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı; 1992-1996 yılları arasında ise Şanlıurfa Harran Üniversitesi Rektörü olarak görev yaptı. Halen İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslâm Hukuku Anabilim başkanlığından emekli öğretim üyesidir.

"Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi" başlık teziyle doktor, (İ.Ü.H.F. tarafından yayınlanmıştır, 1967, İst.); "Dilekçe Hakkı ve 1961 Anayasası" başlıklı teziyle doçent, (İ.Ü.H.F. tarafından yayınlanmıştır, 1971, İst.); "1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu" (İ.Ü.H.F. tarafından yayınlanmıştır, 1978, İst.) başlıklı teziyle profesör olmuştur.

Yaklaşık 110 ilmi makalesi ve 50 kitabı yayınlanan Armağan 1967-69, 1973, 1976-77, 1983, 1995, 1996, 1999-2002 ve 2004 yıllarında Alexander von Humboldt Vakfı'nın, 1977 yılında Heinrich Hertz Vakfı'nın, 1981 ve 2003 yıllarında Deutscher Akademischer Austausch Dienst Kuruluşunun bursları ile Köln, Karlsruhe ve Berlin Üniversiteleri'nde ilmi araştırmalar yaptı, doçentlik tezini hazırladı, ilmi toplantılara katıldı, konferanslar verdi. 1975 yılında 5 ay müddetle Kuveyt Üniversitesi'nin davetlisi olarak aynı üniversitenin Hukuk Fakültesinde incelemeler yaptı, konferanslar verdi.

Almanca, İngilizce ve Arapça'yı her üç dilde de kitap ve makale çevirileri yapacak kadar bilen Armağan, evli ve üç çocuk babasıdır.

Anahatlarıyla

İslâm Hukuku

(Temel Bilgiler - Kaynaklar)

Prof. Dr. Servet ARMAĞAN



ANAHATLARIYLA İSLÂM HUKUKU
(TEMEL BİLGİLER-KAYNAKLAR)

Editör
Zühdü MERCAN

Görsel Yönetmen
Engin ÇİFTÇİ

Kapak
İhsan DEMİRHAN

Sayfa Düzeni
Ahmet KAHRAMANOĞLU

ISBN

978-975-6079-88-1

Yayın Numarası
78

Basım Yeri ve Yılı
Çağlayan Matbaası
Sarnıç Yolu Üzeri No: 7 Gaziemir / İZMİR
Tel: (0232) 252 20 96
Haziran 2009

Genel Dağıtım
Gökkuşağı Pazarlama ve Dağıtım
Merkez Mah. Soğuksu Cad. No: 31 Tek-Er İş Merkezi
Mahmutbey/İSTANBUL
Tel: (0212) 410 50 60 Faks: (0212) 445 84 64

Işık Akademi Yayınları
Emniyet Mahallesi Huzur Sokak No: 5
34676 Üsküdar/İSTANBUL
Tel: (0216) 318 42 88 Faks: (0216) 318 52 20
www.akademiyayinlari.com

İÇİNDEKİLER

Dördüncü Bölüm
İSLÂM HUKUKU'NUN TARİHÇESİ VE
GEÇİRDİĞİ SAFHALAR

Beşinci Bölüm
BATI DÜNYASINDAİSLÂM HUKUKU
ARAŞTIRMALARI

İkinci Kitap
ÖZEL BÖLÜM

Birinci Bölüm
İSLÂM ANAYASA HUKUKU

ÖNSÖZ



Bu kitap İslâm Hukuku üzerine temel bilgiler veren mütevazı bir ilmî çalışmadır. Ve İslâm Hukuku'nu genel olarak anlatma ve özelliklerini öğretme maksadına yöneliktir.

İslâm Hukuku'nu anlatan kitaplar çoktur. Gerek Türkçe'de gerekse yabancı dillerde, müstakil bir hukuk sistemi olan İslâm Hukuku üzerine yazılmış monografiler ve tafsilatlı kitaplar bulunmaktadır. Ama İslâm Hukuku'nu kısa ve ana hatlarıyla ortaya koyan küçük hacimli bir kitaba memleketimizde ihtiyaç hissedilmekteydi.

İlme düşkün ve ilmî araştırmaları müşevvik *Hekimoğlu İsmail* bey de, zaten senelerdir bendenizden bu ihtiyacı karşılayacak bir eser yazmamı ısrarla istiyor ve "*Hocam, İslâm Hukuku üzerine yaptığınız tercümeler yeter, artık bu konuda telif eserler yazın.*" diyordu. Bu sebeple, Türk okuyucusunu fazla yormadan ve teferruatlı açıklamalar içinde boğmadan bir kitap hazırlamak istedik. Bununla beraber, az sayıda bazı konular, teferruatlı ve dipnotlar verilerek sunulmuştur: İçtihad ve akitler konuları gibi. Bir kısım başlıklar altında verilen bilgiler, daha önce bilimsel dergilerde yayınlanmış makalelerimizin, düzeltilmiş, genişletilmiş, yeni dipnotlar ve kaynaklar eklenmiş hale gelmiş şeklidir.

Kitabımız kısadır, ama temel kaynaklara bakılarak hazırlanmış ve sağlıklı bilgiler verilmeye çalışılmıştır. Her bölüm içinde, derinleşmek isteyenler için ilgili kaynaklar da gösterilmiştir. Ayrıca istifade edilen hadislerin tahriçleri de yapılmıştır. Kitabımız, bu özellikleri ile halkımızın her kesimine faydalı olacaktır inşaallah. Yüksek öğrenim görmüş kimselere,

özellikle sosyal bilimler dalından mezun olmuş veya aynı sahada yüksek lisans yapmak isteyen kimselere ise bu kitabımızın yol gösterici ve yardımcı olacağını umuyoruz.

1983 yılından beri üniversitelerimizin Hukuk Fakültelerine YÖK tarafından konulan seçimlik İslâm Hukuku dersi var. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, Anayasa Hukuku yanında, yirmi seneden fazla İslâm Hukuku Dersleri de verdim. Bu konuda, çeviri ve telif olarak, bilimsel dergilerde birçok yayın yaptım. Bu yayınlar içinde, bin küsur sahifelik çeviri kitaplar da var. Ayrıca Türkçe dışında, yabancı dilde de bir seri araştırma ve yayın yaptım. Yabancı dilde yapılan ve yayınlanan birini, örnek olarak ve genç İslâm Hukuku araştırmacılarını teşvik için kitabımın sonunda verdim. İşte elinizdeki kitap, geçmişi uzun yıllara dayanan bir birikimin ürünü olarak sunulmuştur.

İslâm Hukuku dersleri mukayeseli hukuk araştırmasının konusudur. Bir diğer deyişle, halen memleketimizde yürürlükte bulunmayan yabancı hukuk sistemlerini araştıran hukuk branşına **Mukayeseli Hukuk** ismi veriyoruz. Gerek memleketimizde, gerekse Avrupa devletlerinde Mukayeseli Hukuk araştırmaları ya ders halinde vardır, ya da bazı devletlerde bir araştırma merkezi ve hatta araştırma enstitüsü şeklindedir. Buna "**Comperative Law**" (İng.), "**Droit Compare**" (Fr.) veya "**Rechtsvergleichung**" (Alm.) ismi verilir. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde de **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi** ismi altında bir Enstitü kurulmuştur. 1945'ten beri faaliyet gösteren bu enstitünün çalışmaları içinde bir dergi çıkarma da vardır. Biz bu dergide zaman zaman İslâm Hukukuyla ilgili bazı meselelere ait incelemelerimizi sunduk ve yine o enstitünün tertip ettiği konferanslar serisinde konferanslar vermek suretiyle mukayeseli hukuk çalışmaları yaptık.

Elinizdeki kitapta da Mukayeseli Hukuk araştırma Metodu uygulanmıştır: İslâm Hukuku'nun her konusu ve başlıklar altındaki açıklamalar, daima lâik (modern) hukuk ile mukayeseler yapılarak sunulmuştur.

Bu arada şunu da belirtelim: Batı Dünyasının tamamında, İslâm Hukuku üzerine araştırmalar gün geçtikçe artıyor. İslâm Hukuku araştırmaları yapanlar, genellikle ilâhiyatçılar, hukukçular ve eskiden beri olduğu

gibi, şarkıyatçılar (doğu bilimciler-oryantalistler)'dır. Bunlardan bir kısmına, kitabımızda temas ettik.

Gelecek baskılarda, eğer nasip olursa, kitabımızı geliştirmek suretiyle biraz daha geniş bilgiler sunmak mümkün olabilir. Okuyucularım tenkit ve tekliflerini bana ulaştırırlarsa, elbette çok sevinirim.

Son olarak bu kitabımızın okuyucularıma faydalı olmasını umuyor, kitabımı siz okuyucusuyla buluşturan Işık Akademi Yayınları'na teşekkürlerimi ifade ediyorum.

21 Ocak 2009, Fatih

Prof. Dr. Servet ARMAĞAN
(servetarmagan@hotmail. com)

KISALTMALAR



A	: Anayasa
Ahmet İbn-i Hanbel	: el-Müsned.
B.	: Sahih-i-Buhârî (Tecrid-i Sarih Tercemesi, 4. b, Ankara, 1976, D.İ. Baş.Y.)
B	: Baskı
Be.	: Sünen-i Beyhaki
Bkz.	: Bakınız
c.	: cilt
çev.	: çeviren
D.	: Ebû Davud-Sünen
Da.	: Sünen-i Darimi
f.	: fıkra
ibid	: yukarıdaki aynı eser (kaynak) (latince kısaltma)
M.	: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye
md.	: madde
Mü.	: Sünen-i İbn-i Mace
Me	: Sahih-i Müslim
N.	: Sünen-i Nesai
P.	: Page (sh.)
pub.	: publication (yayın)

pp.	: vd. sh.
s.	: sayı (lı)
sh.	: sahife (ler)
T.	: Sünen-i Tirmizî
t.	: tarih (li)
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
y	: yayını

NOT:

Hadis kaynaklarından sonra bir isim varsa, o hadisin yer aldığı bölümün başlığını; sayı varsa, c. ve/veya hadis no. sunu gösterir. Bu, hadislere verilen referans usulüdür.

Birinci Kitap

TEMEL BİLGİLER

Birinci Bölüm

GİRİŞ-GENEL BİLGİLER

GİRİŞ-GENEL BİLGİLER



Kitabımızın birinci bölümünü giriş kısmı teşkil ediyor. Bu giriş kısmında genel bilgiler verilecektir.

A- İSLÂM DİNİ

İslâm Dini bilindiği gibi Allah tarafından en son Peygamber Hz. Muhammed (sallallahu aleyhi ve sellem) eli ile gönderilen en son ve en mütekâmil bir dindir. Bu son din muayyen bir ırka, muayyen bir topluma has olarak değil, bütün insanlığa gönderilmiştir. Yani kendisinden evvel peygamberler vasıtasıyla Cenabı Hak tarafından gönderilen Hıristiyanlık ve ondan evvel gönderilmiş olan Yahudilik dinlerinden sonra bütün insanlığa mutluluk ve refaha ulaştırmak için gönderilen semavi bir dindir.

Bilindiği gibi semavi dinler üçtür. İslâmiyet, Hıristiyanlık ve Yahudilik; bunun dışında bulunanlar ise, semavi değildir, yani Allah tarafından gönderilen peygamberi olmayan, kitabı olmayan dinlerdir. Bizim burada üzerinde durduğumuz semavi din olan İslâmiyet'tir.

İslâm Dini ne demektir? İslâm Dini hakkında çeşitli tarifler yapılmıştır. Çeşitli bilgiler verilmiş, ciltlerle kitaplar yazılmıştır. Biz kitabımızın konusu olma bakımından İslâm Hukuku'nu ve İslâm Dinini, *Kur'ân ve Sünnete dayanan bir din ve hukuk* olarak tarif edebiliriz. Bir diğer deyişle İslâm Dini denildiği zaman, Kur'ân'da belirtilen âyetler ve Hz. Peygamber'in (sallallahu aleyhi ve sellem) sünnetinde gördüğümüz, duyduğumuz yazılı metinlerden çıkan manaları anlarız. Bu ikisi İslâm Dininin ana esaslarını, hatta bazı mevzularda da tafsilatını ortaya koymuşlardır. İslâm

Dini içinde mevcut olan hükümler, ibadete ait olsun, hukuka ait olsun, bunun ikisinden ortaya çıkarılmış (istihraç edilmiş) hükümlerdir.

B- İSLÂM DİNİNİN MUHTEVASI

İslâm Dininin esası ve temeli olan Kur'ân ve Sünnetin muhtevası, kanaatimizce dört ana başlık altında toplanabilir.

a) İtikat (İnanç): Bu başlık altında insanların inancı ile ilgili hükümler yer almaktadır. Bir diğer deyişle, İslâm Dininin büyük kısmını teşkil eden itikat, inanç veya imanla ilgili hükümlerin neler olduğu ortaya çıkmaktadır. Yine genel olarak İslâm Dini hakkında kitaplardan öğrendiğimize göre, inançla (itikatla) ilgili esaslar altıdır: 1. Allah'a inanma 2. Peygamberlere inanma 3. Kitaplara inanma 4. Meleklere inanma 5. Âhirete inanma 6. Kadere, yani hayır ve şerrin Allah'tan geldiğine ve öldükten sonra bunların hesabı yapılacağına dair esasa inanma.

Görülüyor ki İslâm'da inancın esası veya İslâm itikadının, yani imanın temeli altıdır. Altı esasa inanmak suretiyle İslâm Dininin itikat kısmı ortaya çıkmış oluyor.

Allah'a inanmak: Bildiğiniz gibi, Allah'ın isimlerine ve sıfatlarına inanmak, yani tek olduğu, her şeyi bildiği, gördüğü, her şeye gücü yettiği ve benzeri özelliklerine inanmaktır.

Peygamberlere inanmak: Başta Hz. Muhammed olmak üzere Hz. İbrahim, Hz. Musa ve Hz. İsa gibi meşhur olanlar da dâhil, Allah tarafından gönderilmiş olan bütün peygamberlerin hak olduğuna ve Allah'ın emirlerini insanlara ulaştırdığına inanmaktır.

Kitaplara inanma: Semavi kitaplara dediğimiz zaman şu kitapları anlarız: Kur'ân, vahiy yoluyla Hz. Muhammed'e (sallallahu aleyhi ve sellem) gelen kitap, Hz. Musa'ya gelen Tevrat, Hz. Davud'a gelen Zebur, Hz. İsa'ya gelen İncil ve diğer peygamberlere gelen suhuf-sahifelere inanmaktır.

Meleklere inanma: Meleklerin Allah'ın emrinde olan varlıklar olduğu ve bunların başında Cebrail Aleyhisselam, Mikâil, İsrafil ve Azrail Aleyhisselamlar gibi dört büyük melekin geldiğine inanmaktır.

Âhirete iman ise, dünya hayatından sonra yeni bir hayatın varlığına inanma demek.

Altıncı esas ise: *Kadere iman*dır, yani hayır ve şerrin Allah'tan geldiğine inanmaktır. Bunların üzerinde durmuyoruz çünkü kitabımızın konusunu teşkil etmiyor.

b) İbadetler, İslâm dininde beş ana ibadet vardır. Bunların ilki kelimeyi şehadettir. Şehadet kelimesini inanarak söyleyen İslâm'a girmiş olur. İbadetlerin ikincisi namaz, üçüncüsü oruç, dördüncüsü zekât, beşincisi ise hactır. Bunların da üzerinde durmuyoruz, çünkü kitabımızın konusunu ilgilendirmiyor. Ancak zaman zaman bu ibadet esaslarına atıflarda bulunacağız.

c) Ahlâk: Burada kast edilen Kur'ân'da ve sünnette yer alan ahlâk kaideleridir. Yani insanlar arası münasebetlerde uyulması arzu edilen, uyulduğu takdirde barış ortamı ortaya çıkaracak olan kaidelerdir.

d) **Hukuk**: Nihayet dördüncü başlık altında ise **hukuk** ele alınabilir. Ahlâk ile hukuk arasındaki münasebetlere burada kısaca temas etmekte fayda var. Her ikisi de insanın insana karşı olan münasebetlerini düzenler. Halbuki birinci ve ikinci şıkta yer alan itikat ve ibadet kaideleri, insanla Allah arasındaki münasebetlere aittir; inanç ve bunun uygulaması olan ibadetle ilgili esaslardır. Ahlâk ve hukuk kaideleri ise insandan insana münasebetleri düzenleyen kaidelerdir.

Ancak ikisi aynı değildir; ikisi arasında en bariz fark, Ahlâk kaidelerinde, zorlayıcı bir hüküm yani müeyyidenin olmamasıdır, buna 'sanction' ismi verilir. Hukuk kaidelerinde ise müeyyide vardır. Mesela insanlara güler yüz göstermek, komşuyla iyi geçinmek bir ahlâk kaidesidir. Fakat bir kimse komşusuyla iyi geçinmezse, meselâ insanlara güler yüz göstermezse, onu bir mahkeme huzuruna çekmek ve bu davranışa kendisini zorlamak mümkün değildir, yani ona zorlayıcı bir davranışta bulunamayız. Müeyyidesi yoktur ama insanlar o davranışta bulunmayanı veya ters davranışta bulunanı ayıplar. Ona yan yan bakar veya ona müstehzi (alaycı) bir davranışta bulunur. Yani gayri ahlâki davranışını kabul etmediğini, beğenmediğini ve yanlış olduğunu ima etmek ister; ama hukuk kaideleri öyle değildir. Mesela "kimsenin eşyasını çalmayacaksın, çaldığın takdirde cezası vardır." kaidesini ele alalım. Bir kimse diğerinin malını çalamaz. Çaldığı takdirde onu sadece ayıplamayız, aynı zamanda mahkemeye vermek suretiyle ondan hakkımızı almak ve gerekirse hırsızı cezalandırmasını

isteriz. Eşler arasında kadının geçiminin kocanın üzerine olduğunu düzenleyen bir kanun olduğunu kabul edelim. Bu takdirde koca, eşinin hayatını idame için gerekli ihtiyaçlarını görmezse, kadın mahkemeye başvurup hakkını elde edebilir. Yani onu zorlayabilir, kendisinin beslenmesi için bir tedbir alınmasını isteyebilir. Buna benzer başka örnekler de verebiliriz.

C- BÖLÜMLER ARASI MÜNASEBETLER

Bazen bir ahlâk kaidesini insanların yanlış olarak hukuk, bazen de hukuk kaidesini ahlâk kaidesi gibi görme ve kabul etme alışkanlığı vardır.

Ahlâkla ilgili Kur'ân-ı Kerîm'de veya Peygamberimizin hadislerinde yer alan birkaç prensibe temas etmek isterim.

Mesela, Kur'ân-ı Kerîm'de Kalem sûresinin 24. âyetinde şöyle buyurulmaktadır. "*Ve sen pek yüksek bir ahlâk üzerindesin.*" Hz. Peygamber'e hitap eden bu âyette, iyi bir Ahlâk sahibi olmasından dolayı insanlara örnek gösterme manası vardır.

Yine ahlâk mevzunda Peygamberimizin şöyle buyurduğu bilinmektedir. "İmanı en kâmil olanlarınız, *ahlâkça en mükemmel olanınızdır.*"

Bir diğer hadiste ise şöyle buyurmuştur. "*İyilik güzel ahlâktır, kötülük ise vicdanını tırmalayan, halkın öğrenmesini istemediğin davranıştır.*"

Bir diğer hadiste ise, "*insana verilen şeylerin en hayırlısı hangisidir.*" diye sorulduğunda Peygamber Efendimiz "*güzel ahlâktır*" diye cevap vermiştir.

Görüldüğü gibi Hz. Muhammed (sallallahu aleyhi ve sellem), ahlâklı olmamızı, insanlara iyi davranışlarda bulunmamızı ve insanlara hayırlı hareketlerde bulunmamızı tavsiye ediyor. Yukarıda belirttiğimiz gibi Ahlâk kaideleri bir tavsiyedir. İnsanların birlik ve beraberlik içinde iyi münasebetler halinde yaşamasını sağlayan kaideler bütünüdür. Kendisi de zaten hayatında insanlığa iyi bir örnek olmuştur.

Acaba Kur'ân-ı Kerîm'de hukukla ilgili kaç âyet vardır; veya tümü nazara alındığında Kur'ân'ın ne kadarı hukukla ilgilidir. Hadislerde hukukla ilgili kaç hadis yer alır sorusuna gelince:

Burada peşinen belirtelim ki Kur'ân-ı Kerîm ve hadisler, İslâm Dininin temel iki kaynağıdır ve bütün kaideler bu iki kaynaktan çıkmıştır. İslâm Dininin çok az bir kısmı hukukla ilgilidir. Bir diğer deyişle, nispet (oran)

olarak ortaya koyduğumuzda çok çok azdır. Mesela Kur'ân-ı Kerîm'de bilindiği gibi yaklaşık 6666[1] âyet yer alıyor. Bunlardan 228'i hukukla ilgilidir. Bir diğer deyişle: İslâm Hukukçuları zaman zaman bu kaidelerin ne kadar olduğunu ve hangi âyetlerde yer aldığını tespit edip araştırmalar yapmışlar ve benim buraya örnek aldığım 228 âyeti bulmuşlardır. Belki buna birkaç âyet daha ilave etsek 230 desek veya 250 desek büyük bir yanlışlık olmaz, ama 6666 âyetten en çok 250 âyet hukukla ilgilidir. Bu % 4 gibi bir miktar teşkil ediyor. Yani tüm âyetlerin ancak % 4'ü hukukla ilgilidir.

Bunun bir manası da yukarıda belirttiğimiz itikat, ibadet ve ahlâkla ilgili daha çok âyetlerin bulunduğudur. Zaten Kur'ân-ı Kerîm'in 6666âyetini ele alıp bunların manalarını inceleyecek olursak, büyük kısmının itikatla (inançla) ilgili olduğunu görürüz. Yani inancın Kur'ân'da çok geniş yer aldığını görürüz. Daha sonraki büyük oran, ibadetlerle ilgilidir ve ondan sonraki oran ise Ahlâk kaideleri ile ilgilidir.

Acaba neden bu böyledir diye sorarsak, önemi sebebiyle böyledir diyebiliriz. Bir diğer deyişle: büyük kısmı yani % 60 - 70'i itikatla ilgilidir desek, bu demektir ki Kur'ân-ı Kerîm en çok önemi insanların inançlarına vermiştir ve inançlı olma yolunda âyetler getirerek düzenlemeyi yapmıştır.

Yukarıda belirttiğimiz iman ile ilgili altı esas, gerek âyeti kerimelerde, gerek Hz. Peygamber'in (sallallahu aleyhi ve sellem) hadislerinde ve sünnetlerinde çok sık yer almaktadır. Hadis külliyatlarına baktığımız zaman aynı durumu görürüz. Mesela Buhârî isimli hadis kitabının başından itibaren fihristlerine baksak, yukarıda Kur'ân'da belirttiğimiz oranları görürüz. Mesela ilimle ilgili, vahiyle ilgili, namazla ilgili kısımların Buhârî külliyatının baş kısmında yer aldığını ve sayfalarca ve ciltlerce devam ettiğini görürüz. Ancak çok az bir kısmı ise hukuk ile ilgilidir, ama iman ve ibadetle ilgili olan hadislerin büyük nispet halinde olduğunu görürüz.

Bu şundan gelmektedir: Bir insan İslâm Dini açısından her an mü'min olarak yaşamak durumundadır. Yani Allah'a, peygambere ve yukarıda belirttiğimiz altı esasa her an inanma mecburiyetindedir, ama her an bir hukuk münasebeti içinde olamıyor. Mesela bir alım- satım akdi, bir kira

---

[1] Her hangi bir yanlış anlamaya meydan vermemek için bir açıklama yapmak gerekmektedir: Elimizdeki Kur'ân-ı Kerim'lerdeki toplam âyet sayısı 6236 tanedir. 6666 rakamı kıraat farklılıklarını da nazara alan söylenmiş yuvarlama bir rakamdır.

akdi, bir evlenme akdi her gün mevzu bahis değil. Evet bunların içinde alım- satım akdi çok sık kullanılan bir akittir, ama bir insan evinden hiç çıkmazsa veya bir akit yapmadan hatta aylarca da yaşayabilir. Bir köyde, tenha bir dağda yaşayan insanların durumu böyledir. Ama o insan dağda, bayırda da yaşasa, yalnız da yaşasa iman etmek, ibadet etmek durumundadır -bazıları iman etmese veya ibadet etmese de-. Çünkü Kur'ân kendisinin namaz kılmasını, nerede olursa olsun belli yaştan sonra belli ayda oruç tutmasını emretmektedir. Zenginse, zekât verecektir veya her zaman imanlı olmasını istemektedir.

Görüldüğü gibi gerek iman, gerekse ibadet, Kur'ân'ın ve hadislerin büyük kısmını teşkil etmektedir. Zaten, Kur'ân-ı Kerîm'in muhtevası dört ana esas üzerinedir. Bunlar **tevhid** (Allah'ın birliği), **nübüvvet** (yani peygamberler, peygamberlikle ilgili hükümler, peygamberlerin vazifeleri), üçüncüsü **haşir** (yani öldükten sonra dirilme ve hesap günüyle ilgili âyetler), dördüncüsü ise **adaletle** ilgilidir. Adalet sadece hukuk değil, her türlü adil davranışlar, kainattaki her türlü düzen ve hikmetli yaratılış demektir.

Yukarıda bahsettiğimiz 228 âyet hangi konulara temas eder? Genel olarak İslâm Hukuku kitapları bilhassa modern İslâm Hukuku kitaplarında şu ayrım yapılıyor: Aile hukukuna ait 70 âyet, Borçlar hukukuna ait 70 âyet, Ceza hukukuna ait 30 âyet, duruşmalara ait 13 âyet, anayasa hukukuna ait 10 âyet ve devletler hukukuna veya devletlerarası münasebetlere ait 25 âyet, iktisadi ve mali münasebetler hakkında ise 10 âyet bulunduğu tespit edilmiştir. Bunların toplamı 228 âyet olur.

Burada bir noktaya daha temas etmek isterim. O da siyasettir veya siyasetle İslâm Dininin veya Kur'ân-ı Kerîm ve hadislerin münasebetidir. Belirtelim ki siyaset veya siyasi hayat veya siyasi faaliyetle ilgili âyetlerin toplamı ancak %1 tutar. Yani yukarıdaki hukuk münasebetlerini düzenleyen âyetlere baksak ve bunların sadece siyasetle ilgili olanlarını toplarsak, aşağı yukarı % 1 tuttuğu müfessirler tarafından belirtilmektedir. Yani ancak 60 civarında âyet siyasetle ilgilidir. Mesela yukarıda anayasa, devletlerarası münasebetler, ceza ile ilgili, iktisadi mali münasebetler ile ilgili âyetler aşağı yukarı bu durumu ortaya koyar.

Zannedildiği gibi, siyasetin veya siyasi faaliyetin veya siyasi hedeflerin

Müslümanların bir numaralı hedefi olduğu ve ona kavuşmak için hareket etmeleri mecburiyeti anlayışı yanlıştır. Müslümandan beklenen, kendi inancını muhafaza etmeye gayret göstermesi, daha sonra da ibadetlerine vakit ayırmasıdır.

Günümüzde Müslümanların bir kısmının siyasetle uğraşmayı tercih ettiği, inanç, ibadet ve hukuk münasebetlerinden daha çok siyasetle meşgul oldukları görülmektedir; ama gerçeğin yukarıda açıkladığımız gibi olduğu da bilinmelidir.

Bu konuda ortaya koymamız gereken bir diğer nokta da şudur. Siyaset, devlet idaresi, kamu hizmetleri ve devletin politikası ile ilgili davranışlar demektir. Bu sebeple siyaset, her zaman insana taalluk etmeyen ve herkese ait olmayan bir vazifedir. Yani bir devlette siyasetle meşgul olan çok az bir grup yeterli olsa da iman ve ibadetle ilgili binlerce insanın çalışması gerekir. Çünkü Kur'ân-ı Kerîm bu konulara o kadar önem vermiştir.

D- İSLÂM DİNİNİN KAYNAKLARI

Son olarak şunu da belirtelim: İslâm Dininin iki temel kaynağı vardır: Bunlar: 1- Kur'ân, ve 2- Sünnet (Hadis)dir.

1- **Kur'ân** vahiy yolu ile gelen mukaddes bir kitaptır. Ve mukaddes kitaplar içinde, tahrif edilmemiş tek kitaptır. Biraz aşağıda ('*Kur'ân*' başlığı altında) bu kaynağı ayrıca ele alacağız.

2- **Sünnet**leri (hadisleri) toplayan kitaplar ise, birden fazladır. İleride ('*Sünnet*' başlığı altında) bu kaynağı da tafsilatıyla ele alacağız. Ama özet olarak şimdilik şu bilgileri vermek isteriz:

Birincisi ve en genişi ve en muteberi **Buhârî** isimli zatın, **Sahih-i Buhârî** adlı hadis kitabıdır. 30 yıldan fazla bir gayretin neticesi olan Buhârî'deki hadislerin doğru olduğu, Peygamberimizin sözlerini sağlıklı şekilde aktardığı, telifinden bugüne bütün hadisçiler tarafından kabul edilmektedir. Türkçe'ye tercüme edilmiştir. Birçok şerhleri yapılmıştır. Diyanet İşleri Başkanlığı, 12 cilt halinde muhtasarının şerhini yayınlamıştır. Bu yayının 1. cildinin ilk 500 sh. kısmı, Sünnet (Hadis) konusunda metodoloji bahsine tahsis edilmiştir. Buhârî'nin bu hadis kitabı çeşitli batı dillerine de çevrilmiş, üzerinde tezler yapılmıştır.

İkincisi **Sahih-i Müslim**'dir. Bu kitap Buhârî'den sonra gelen mute-

ber ve değerli bir kitaptır. Türkçeye tercüme edilmiştir. Hatta birkaç tercümesi vardır. Bu hadis kitabı da bazı batı dillerine çevrilmiştir.

Buhârî ve Müslimin ikisine "**Sahihayn**" ismi verilir, hadis konusunda **iki doğru kaynak** manasına gelir. Belirtelim ki hadis kitapları sadece İslâm Hukukuna ait kaideleri bir araya getirmiyor, Hz. Peygamber'in (sallallahu aleyhi ve sellem) ağzından çıkmış sözlerin veya fiillerinin hepsini yazılı şekilde bir araya getirirler. Bunlar sadece İslâm Hukuku değil ibadet, itikat ve mesela, tıbba ait hadisleri de ihtiva etmektedir.

Üçüncüsü **Ebû Davud**'un tasnif ettiği hadis kitabıdır, bu da Türkçe'ye tercüme edilmiştir. Ayrıca bir de şerhi yapılmıştır.

Dördüncüsü **Tirmizî**'dir. Türkçe'ye tercüme edilmiştir.

Beşincisi **Nesai**'dir. Türkçe'ye tercüme edilmiştir.

Altıncısı **İbn-i Mace**'dir, Türkçe tercüme edilmiştir. Bunun da şerhi vardır.

Bu altı kaynağa **Kütüb-ü Sitte** (yani altı kitap) ismi veriliyor. İslâm Hukuku çalışmalarında olsun, İslâm Dininin diğer konuları üzerinde yapılan çalışmalarda olsun, bu altı kaynak gerek batılı gerekse Müslüman âlimler tarafından muteber kitaplar olarak kabul edilmiştir.

Yedincisi ise **Sünen-i Dârimi** ismi verilen bir hadis kitabıdır Türkçe'ye tercüme edilmiş ve şerhi de yapılmıştır.

Sekizincisi, Mâliki Mezhebinin kurucusu olan İmâm Mâlik'in **Muvatta** isimli kitabıdır. Türkçe'ye tercüme edilmiştir.

Dokuzuncusu Ahmed İbn-i Hanbel'in **Müsned** isimli kitabıdır. Sayılanların içinde en çok hadis hadis ihtiva eden bu önemli kaynak, diğerlerinin aksine Sahabe ismine göre tertip edilmiştir. Bu kitap Türkçe'ye tercüme edilmekte olup, sırayla cilt cilt yayınlanmaktadır.

Bu konuları, aşağıda etraflı olarak açıklayacağız.

İkinci Bölüm

İSLÂM HUKUKU'NUN GENEL ÖZELLİKLERİ

İSLÂM HUKUKU'NUN GENEL ÖZELLİKLERİ



Bu bölümde İslâm Hukuku'nun genel özelliklerine temas edeceğiz. Bu özellikleri şu şekilde sıralayabiliriz.

A- DİNÎ HUKUKTUR

İslam Hukuku, kaynağını ve hükümlerini dinden alır. Mesela kilise hukuku İncil'e ve papaların beyanlarına dayalıdır. Yahudi hukuku, Tevrat'ın ve kendi din adamlarının, hahamların veya din âlimlerinin görüşlerine dayanır. Bunun gibi semavi olmayan dinlerin hukuku da, yine bu dinlerdeki uluların ve erdemli kişilerin beyanına dayanır. İslâm Hukuku da kaynağını, yukarıda belirttiğimiz gibi Kur'ân-ı Kerîm'den ve insanlığa gönderilen son peygamber Hz. Muhammed'in (sallallahu aleyhi ve sellem) sözlerinden ve fiillerinden almıştır. Dinî hukuk denilmesinin sebebi budur.

B- MÜSTAKİL BİR HUKUK SİSTEMİDİR

Yani kendilerine özgü hükümleri, kaynakları ve yorumları vardır. Diğer hukuk sistemlerinden ayrı olan ve bütünlük arz eden bir hukuk sistemidir. Mesela Roma Hukuku dediğimiz zaman müstakil bir hukuk sistemi olduğuna işaret ediyoruz. Bizans Hukuku veya Cermen Hukuku dediğimiz zaman da, yine ayrı bir kaynaktan gelen ve ayrı bir gelişme özel-

liği olan bir hukuk sistemini kast ediyoruz. Aile hukuku, Borçlar hukuku, Ceza hukuku gibi kısımlarında ayrı kaynaklardan gelen ve farklı gelişmelerle oluşan hukuk sistemleri olduğunu ifade etmeliyiz.

Burada hemen belirtelim ki, hukuk sistemleri arasında benzerlikler vardır. Yani müstakil bir hukuk sistemi olan Roma Hukuku ile Cermen Hukuku, Cermen Hukuku ile Bizans Hukuk sisteminin % 100'ü ayrıdırlar değil ama kaynağı ve hükümleri bakımından ayrıdır diyoruz. Yoksa aralarında benzerlikler vardır. Aynı şekilde İslâm Hukukuyla da Roma Hukuku, Bizans Hukuku ve diğer hukuk sistemleri arasında da zaman zaman müşahede ettiğimiz benzerlikler vardır. Bu şekilde benzerlikler olması, bu hukuk sistemlerinin müstakil olmadığı anlamına gelmez ve müstakil olduğu hükmümüzü yalanlamaz. 1937 yılında Hollanda'nın Lahey kentinde yapılan bir toplantıda İslâm Hukuku'nun müstakil ve gelişmeye açık bir hukuk sistemi olduğu yolunda dünya hukukçuları karar almıştır. Bunun metni hukuk kitaplarında yer almaktadır.

C- GELİŞMEYE AÇIKTIR

İslâm Hukuku, asırların ihtiyaçlarına uyabilen ve devletlerin tatbikatıyla uyuşan ve zamanla zenginleşen bir hukuk sistemidir. Gerçi İslâm Hukuku'nun yazılması, tedvini ve bir hukuk sistemi olarak ortaya çıkması 9. (hicri ikinci) asırdan itibaren görülmüştür, ama Kur'ân-ı Kerîm'in inmesinden itibaren düşünecek olursak, 14 asırdır zaman zaman yeni açıklamalarla, yeni izah tarzlarıyla ortaya konulmuş bir hukuk sistemi olduğu ispat edilmiştir.

Yukarıdaki özellikler, benim de resmen katıldığım "*İslâm Hukuku ve Batıda Mahkemelerce Benimsenmesi*" başlıklı ve beşi Müslüman, altmış beşi gayrı müslim hukukçunun katıldığı uluslararası toplantıda birçok defa ifade edilmiştir.[2]

2 Bu toplantı, La Haye Devletler Hukuku Akademisi ile Federal Almanya Osnabrück Üniversitesinin ortaklaşa düzenlediği "Uluslararası" bir toplantı idi. 22-25 Ekim 1998 tarihleri arasında yapıldı.

Prof. Dr. Mustafa Ahmed Zerka Çağdaş Yaklaşımla İslâm Hukuku kitabında bu konuda şu bilgileri veriyor:

"Bugün Avrupanın hukuk ilminde söz sahibi büyük üstadları, İslâm Hukuku'nun, modern hukuk ihtiyaçlarını karşılamaya yeterli kaynakların başında geldiğini itiraf etmeye başlamışlardır.

1356 yılı Cumade'l-Âhire (1937 yılı Ağustos) ayında La Haye şehrinde toplanan Mukayeseli Hukuk Kongre'sinin kararı, bu mevzuda verilecek uygun bir misaldir. Bu Kongre'de Ezher Üniversitesi, değerli âlimler tarafından temsil edilmiş ve şu iki mevzuda konuşma yapmışlardır:

-İslâm Hukukunda cezaî ve hukukî mesuliyet,

-İslâm Hukuku ile Roma Hukuku arasında varlığı zan ve iddia edilen her türlü alakayı red.

Kongre bu konuşmalar üzerine Avrupa Hukuku mensupları için çok önemli tarihi kararını almıştır. Bu kararda şu esaslar belirtilmiştir:

1- İslâm Hukuku, Genel Hukukun kaynaklarından biridir.

2- İslâm Hukuku, canlı ve gelişmeye uygundur.

3- İslâm Hukuku, bizzat kaimdir ve başka bir hukuk sisteminden alınmış değildir.

Bu kitabın üçüncü baskısı yapıldığı sırada, 15-22 Ağustos 1948 tarihleri arasında Lâ Haye şehrinde toplanan milletlerarası Avukatlar Kongresi'nin kararının haberini aldık. Toplantıya 53 devlet katılmış, her devlet kendini temsil edecek profesör ve avukatlar göndermiştir. Suriye temsilcisi ise, Suriye Hukuk Fakültesinde meslektaşımız ve orada "*İslâm Hukukunda Gayrı Menkul Mülkiyeti*" konusunda konferanslar veren Prof. Dr. Me'mun el-Küzbarî'dir. Meslekdaşımız konferansında, Mülkiyet hakkında İslâm Hukukunun Nazariyesi, eski ve yeni nazariyelerin en âdili olduğunu isbat etti. Çünkü, bazı lâik hukuk sistemlerinin kabul ettiği şekilde mutlak bir yetki olmadığı gibi, bugün bazı modern sosyal mevzuatların istediği gibi, son derece bağımlı da olmayıp, nisbî bir hak olarak kabul etmiştir.

Bu son Kongre, Mukayeseli Hukuk Komisyonunun teklifi üzerine ve, yine bizzat İslâm Hukuku hakkında Lâ Haye'de 1937 yılında toplanan

Mukayeseli Hukuk Kongresi'nin kararına atıf yaparak –ki yukarıda zikretmiştik- tercümesi aşağıda bulunan şu kararı almıştır:

"*İslâm Hukuku'nun yumuşaklığı (elâstikiyeti) ve önemi sebebiyle, bu hukuk sistemine ait mukayeseli bir inceleme, milletlerarası avukatlar birliği tarafından benimsenmeli ve teşvik edilmelidir.*"

Âlim hukukçu Prof. Abdurrezzak es-Senhurî'nin Irak Yargı dergisinde (2. Yıl, 1. Sayı, Mayıs 1936) yayınlanan sözleri ile, Şam Baro Dergisinde (1. Yıl, s. 6-7) yer alan değerli sözlerini de, teyid sadedinde buraya almamız iyi olacaktır. Yazar, İslâm Hukuku'nun Medenî Hukuk tatbikatı sahasında, her zaman uygulanabilir olduğuna dair araştırmasının başında şöyle diyor:

"*Alman hukukçusu Köhler, İtalyalı Prof. Delvechio, Amerikalı Delan Wigmore'un şehadetine münhasır kalmak istemiyorum. Bunlar gibi birçok diğer batılı insaflı âlimler, İslâm Hukuku'nun yumuşaklığı ve gelişmeye açık olması dikkatlerini çekmiştir. Ve onu, dünyaya hâkim olmuş, halen de hâkim olan Roma, İngiliz Hukuk Sistemi gibi üç büyük hukuk sisteminden biri olarak kabul etmişlerdir. Meşhur Fransız Hukukçusu Prof. Lambert, Lâ Haye şehrinde 1932 yılında toplanan Mukayeseli Hukuk Milletlerarası Kongresinde, modern asırda Avrupa ve Amerikalı hukukçular arasında hâkim olmaya başlayan İslâm Hukukuna yönelik bu büyük takdire işaret etmiştir.*

Ancak ben, İslâm Hukuku'nun kabul ettiği şeyin sıhhatini isbat için yine bizzat İslâm Hukukuna başvuracağım:

Bu hukukta öyle unsurlar vardır ki, eğer (bir müesseseyi) forme etse, ondan, bugün modern batı hukukundan aldığımız hukukî nazariyelerin en müthişinden, incelik, şümul ve gelişmeye intibak bakımından geri kalmayan teori ve prensipler yapılır.

Konusunun darlığı sebebiyle dört misale inhisar etmeye mecbur oldum:

Batı hukukunu mütalâa eden herkes bilir ki, 20. Asırdaki en modern nazariyeleri "Hakların kullanılmasında suiistimal", "Olağanüstü şartlar", "mesuliyeti yüklenme" ve "Gayrı mümeyyizliğin mesuliyeti" nazariyeleridir.

Bu dört nazariyeden her birini İslâm Hukukunda, formüle etme ve inşa etme dışında, hiçbir şeye ihtiyaç olmayacak, temeli mevcuttur."

Prof. Senhurî, daha sonra bu dört modern nazariyenin İslâm Hukukundaki temellerini açıklıyor."[3]

D- KOD (CODE) HALİNE GETİRİLMEMİŞTİR

İslâm Hukuku kanun metni haline getirilmiş bir sistem değildir, yani maddelere ve bölümlere ayrılmış "kanun" halinde yazılmış bir hukuk sistemi değildir. Acaba İslâm Hukuku'nun bir kod haline getirilmemesi ne demektir veya onun bu şekilde olması ne manaya gelir?

1. Sebepleri

Kod haline getirilmemesinin birtakım sebepleri vardır. Bu sebepleri şöyle sıralayabiliriz:

a- Kod haline getirebilmesi için İslâm Hukuku'nu uygulayan bir **devletin buna sahip çıkması,** yani kod haline getirilmesi için gayret göstermesi **gerekir**. İslâm devletleri bugüne kadar böyle bir şeye sahip çıkmamışlardır. Aşağıda istisnalarını göreceğiz. Dünya üzerinde İslâmiyetin gelmesinden 21. Asra kadar yirmi küsur İslâm devleti kurulmuştur. Halen de 57 devlet,**"İslâm Konferansı Teşkilatı"**na üyedir. Bu İslâm devletleri, İslâm Hukuku'nu tatbik etmişler, zaman zaman uygulamışlar ve gelişmesini sağlamışlardır, ama onun bir kod halinde ortaya konulması için hukukçulara emirler vermemişler, bu uğurda gayret göstermemişlerdir.

b- Çok tafsilatlı bir hukuk sistemi olduğu için, **kod haline getirilmesi** zordur. Hakikaten hangi mezhebi alırsak alalım, bu mezhebe ait İslâm Hukuku ana kitaplarının çok tafsilatlı olduğunu ve binlerce sayfadan ibaret bir hukuk kaideleri bütünü olduğunu görürüz. Üstelik dört mezhebi esas alsak, bunu dörtle çarpmak gerekir. Hatta diğer mezhepleri de gözönüne alırsak, daha da büyük çapta olduğunu görürüz. Batılı hukukçular

[3] Bkz. *Çağdaş Yaklaşımla İslâm Hukuku* (Çev.: Prof. Dr. Servet ARMAĞAN), İstanbul, 2006, Gündönümü y., sh. 206-209.

da İslâm Hukuku'nun çok tafsilatlı, çok kazuistik olduğunu yani, olaylara göre indiğini ve teferruatlı şeyleri düzenlediğini zaman zaman kitaplarında ve araştırmalarında belirtmişlerdir. Bu tespitte gerçek payı vardır ve gerçek payının bir neticesi de İslâm Hukuku'nun kod haline gelmesini zorlaştırmasında ortaya çıkmaktadır.

c- Üçüncü bir sebep, kod haline getirilmesi *zaruretine dair bir inanç ortaya çıkmamıştır.* Bir diğer deyişle, kod haline getirildiği zaman, İslâm Hukuku'nun ve bu arada diğer hukuk sistemlerinin, daha kolay uygulanacağı, daha kolay anlaşılacağı ve toplumdaki düzenin hukuki münasebetleri daha iyi düzenleyeceği inancına sahip olmak lazım. Eğer böyle bir inanç yoksa, bir devlet, bir siyasi kuruluş, İslâm Hukuku'nun, kod haline getirilmesi için çalışmalar yapmaz. Kanımızca İslâm Hukuku'nun kod haline getirilmemesinin arkasında yatan bir sebep de budur. Asırlarca devletler İslâm Hukuku'nun kod haline getirilmesinin faydasına ve zaruretine inanmamışlardır.

İmam Azam, Hanefî mezhebi kurucusu, İslâm Hukuku'nu şöyle tarif etmiştir: "*Hukuk, kişinin neyin lehinde ve neyin aleyhinde olduğunu bilmesidir.*" Yani bir kişinin lehine ve aleyhine olan hükümleri bilmesini hukuk olarak tarif ediyor. Mecelle'nin birinci maddesinde ise şöyle denilmektedir. "*İlm-i hukuk, mesail-i şer'iyye-i ameliye-i fer'iyeyi bilmektir.*" İmam Şâfiî'nin tarifine yakın olan Mecelle'nin bu tarifinde insanın neyin lehine, neyin aleyhine olduğunu bilmesinden biraz farklı olan bir mâna, hukuk olarak adlandırılmaktadır. Aslında İslâm Hukuku kod haline getirilirse kişi, lehine ve aleyhine olanları daha iyi bileceği, daha iyi uygulayacağını da kabul edebiliriz.

d- Dördüncü bir sebep, yeni akımlara karşı **itimatsızlık** ve **ürkeklik**tir. Kanaatimce asırların içinde ortaya çıkan, yeni görüşler, yeni icatlar, yeni beşeri münasebetler ve teknolojik gelişmeler karşısında İslâm hukukçularının intibak edememesi ve hatta bu yenilikler karşısında ürkek olmaları, İslâm Hukuku'nun kod haline getirilmemesine bir sebep olarak gösterilebilir. Çünkü ürkeklik veya intibaksızlık, İslâm Hukukunun o konuyla ilgili bir kaidesini düzenlemeyi ve maddeler halinde kod haline getirilmesini de engellemiştir.

Mesela, hisse senetleri asrımızda çok kullanılan bir vasıta, bir enstrümandır. Halka açık şirketlerde hisse senetleri alınıp satılmaktadır. Hisse senedinin satılması bir malın satılması mıdır? Bu konu, İslâm hukukçularının uzun zaman cevap vermediği bir konu olmuştur. Acaba hisse senedi, ki bir kağıt parçasıdır, sattığımız takdirde malımızı satmış sayılır mıyız? Acaba hisse senedi elimizde bulunduğu takdirde bu hisse senedi üzerindeki yazılı miktar üzerinden zekât vermemiz gerekir mi, gibi sorular karşısında intibaksızlık ve ürkeklik gösterilmiştir. Yine aynı şekilde sigorta konusu da bu şekilde tavsif edilebilir.

İşte kanaatimizce İslâm Hukukunun bir kod haline getirilmemesinin sebepleri bunlardır.

Şimdi şu sorulabilir: İslâm Hukukunda hiç kod, yani kanun maddesi haline getirilmiş ve kanun kısmını alan hiçbir metin yok mudur?

2. İstisnaları

a- Birincisi: **Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye**'dir. (Bundan sonra Mecelle şeklinde kısa olarak kullanacağız). 19. Asrın sonlarında yapılmış bir kanundur. Osmanlı devletinin sahip çıktığı ve sultanın onaylamasıyla kesinleşen ve uygulanmış olan bir kanundur. Gerek Osmanlı Devletinin merkezinde, gerekse ülkenin uzak diyarlarında ve hatta bazı hükümleri son zamanlara kadar İsrail'de bile uygulanmaış olan bir metindir.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin ne gibi özellikleri vardır? Bunları maddeler halinde şöylece belirtebiliriz:

aa) Osmanlı devleti zamanında yapılmıştır ve bir İslâm devletinin yaptığı *ilk ve çok şamil genel bir kanundur.*

ba) İkinci özelliği, 1876 -1882 tarihleri arasında devam eden **altı yıllık bir çalışma sonucunda ortaya çıkmıştır**. Tabii bu çalışmayı yapanlar da, "**Mecelle Cemiyeti**" ismini almış, Osmanlı Devleti zamanında mevcut ve yüksek kabiliyetleri ve bilgileri olan ve hatta Ahlâk-ı hamide (iyi bir örnek ahlak) sahibi hukukçulardan meydana gelen bir kurulun üyeleridir. Mecelle'nin metinlerine bakacak olursak, her bölümünün arkasında o bölümü yazmış ve hazırlamış olan hukukçuların ismi de yer almaktadır. Bilindiği gibi Mecelle'yi hazırlamak için bir komisyon kurulmuş ve bu

komisyonun başkanlığına da Adliye Nazırı Ahmet Cevdet Paşa getirilmiştir. İlmi geniş, dile hâkimiyeti yüksek olan bu zat Mecelle'nin metninin kaleme alınmasında büyük gayretler göstermiştir. Hatta Fransız hükümeti bu zata, bu kanunu hazırladığı ve güzel bir kanun yaptığı için mükâfat olarak şeref madalyası (Lejyon D'Honor) vermiştir.

ca) Üçüncü özelliği, **Hanefî Mezhebine ait bir kanun**dur. Meselelerin tedvininde diğer mezhepler de gözönüne alınsa da esas olarak Hanefî Mezhebine aittir. 1837 maddeden ibaret olan bu kanunun ilk 100 maddesi genel hukuk kaideleridir. Yani bütün mezheplere şamil hukuk kaideleridir diyebiliriz. Bundan sonraki 101. madde ile sonuna kadar devam eden maddelerin yazımında ise, Hanefî Mezhebi esas alınmıştır.

Belirtelim ki Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî Mezheplerine ait böyle bir kod yapılmamıştır. Burada şunu da hatırlatalım: Suudi Arabistan Kralı Abdülaziz tarafından 1920'li yıllarda Hanbelî Mezhebine ait bir kanun çalışması hazırlatılmıştır. Bu, Mecelleyi Ahkâm-ı Adliye tarzında bir kanun metnidir. **el-Kâri** isimli bir âlime hazırlatılmış, hükümleri, bölümleri ve ifadeleri Mecelle'ye çok benzer. Suudi Arabistan hükümeti bunu resmi bir kanun olarak kabul etmemiştir. Elimizde sadece metni vardır.[4]

da) Dördüncü bir özelliği, **İslâm Hukukunun çok az bir kısmını içine alır**. Bir diğer deyişle Mecelle zannedildiği gibi, İslâm Hukukunun veya Hanefî Mezhebinin hükümlerinin tamamını içine almaz. Eğer bir oran verecek olursak, Hanefî mezhebinin ancak onda birini içine alır. Onda dokuzu kod haline getirilmemiş, kitaplardaki ifadeler ve açıklamalardan ibaret kalmıştır.

Mecelle acaba hangi konularda hükümler getiriyor? Bir defa borçlar kısmı, yani akitler büyük yer tutuyor. Alım satım akdi (bey akdi), kira akdi (icar akdi) ve diğer akitler, kefalet, vekalet, ariyet, şirket, rehin, şuf'a akitleri tafsilatlı biçimde, yani akdin teşekkülü ve tarafların hak ve vazifeleri bakımından tafsilatlı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca Eşya Hukukuna ait durumlar da düzenlenmiştir. Yine Mecelle'de duruşmalara ait hükümler de vardır, ayrıca yargıya, kadılara, yani hâkimlere ait hükümler yer almıştır.

---

4 *Mecelletü'-Ahkâmiş-Şer'iyye*, (Dirase ve tahkik: Dr. Ebû Süleyman ve Dr. Ahmed Ali), Tihame y., 1401/1981, Cidde.

Bu arada, mesela gasp ile ilgili hükümler de yer almıştır. Yani Mecelle'de hukuk-borçlar hukuku münasebetleri ile duruşmalara ve yargı fonksiyonuna ait maddelerin yer aldığını görüyoruz.

Belirtelim ki Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de, Aile Hukuku ve Miras Hukukuna ait hükümler yer almaz. Çok defa zannedildiği gibi Mecelle, bizim bütün medeni hukuk münasebetlerimizi düzenleyen bir İslâm kodu değil, ancak çok az bir kısmını düzenleyen bir metindir. Yine belirtelim ki Mecelle'nin başında yer alan yüz kaide genel hükümlerdir. Aslında 99 kaide demek lazım, çünkü birinci kaidesi, yukarıda belirttiğimiz gibi, hukuk ilminin tarifini ihtiva ediyor. Birinci madde şöyle demektedir: "*İlm-i hukuk mesâil-i şer'iyye-i ameliye-i fer'iyeyi bilmektir.*"

Onun dışında yer alan 99 kaide ise, hukuk ilminin ve İslâm Hukukunun genel kaidelerini ihtiva eder. Mesela "*zarar vermek ve zarara zararla mukabele etmek yasaktır*" (md. 19) ve benzeri hükümler gibi.

Burada belirtelim ki, İslâm Hukukunun bu genel hükümleri bütün beşeri münasebetlerde ve hukuk münasebetlerinde kendisinden istifade edilen ve hâkimlere yol gösterecek hükümlerdir. Yine belirtelim ki İslâm Hukukunun bu şekilde kod haline getirilmesinin sebebi, Mecelle'nin baş kısmında da belirtildiği gibi, hâkimlere (yargıçlara) bir kolaylık sağlamaktır. Çünkü yargıç İslâm Hukukunu uyguladığına göre, neyin ne şekilde tatbik edileceğini bazen şaşırabilir, tereddüt edebilir. İşte bu şaşırmayı ve tereddüdü gidermek için böyle bir kanun ortaya konulmuştur.

Bu kaidelerin birkaç tanesini daha burada belirtmek isteriz. Mesela "*âdet muhakkemdir*" (md. 36). Yani örf ve âdet hukuk münasebetlerinde kendisine başvurulan bir hakem gibidir veya hakemdir. Eğer düzenleyici bir kaide yoksa hukuki örf ve âdetler, üzerinde hüküm bina edeceğimiz ve dayanacağımız bir kaidedir.

Yine bir diğer kaide: "*Örf ile tayin nas ile tayin gibidir*" (md. 45). Yani örf ve âdette bir kaide varsa aynen Kur'ân'da ve Sünnette yer alan bir kaide gibi ele alabiliriz. Tabii, söylemeye gerek yok ki, bu hükmün nas gibi olması, Kur'ân'da ve Sünnette açık bir hükmün olmaması halinde söz konusudur. Kur'ân ve Sünnete aykırı olan bir örf söz konusu olamaz ve uygulama kabiliyeti yoktur.

2- İkinci istisnası, **Aile Kararnamesi** dediğimiz bir koddur. Yine Osmanlı Devleti zamanında yapılmıştır. Bu kod Aile Kararnamesi ismini almıştır ve evlenme vb. konularla ile ilgili durumları düzenleyen bir kanundur (1917).

3- Üçüncü bir istisnası, A**razi Kanunnamesi** ismini verdiğimiz yine Osmanlı Devleti zamanında kabul ve tatbik edilen bir kanundur (1858).

4- Dördüncüsü **Miras ve İntikal Kanunudur** (1847).

5- Bu arada işaret edelim ki, bir kanunname daha vardır. Bu kanunname yapılmış fakat kesinleşmemiştir, ama mükemmel bir kanun metnidir. Bunun ismi *"el-Ahkâmu'ş-Şer'iyye fil-Ahvali'ş-Şahsiyye"*dir ve genellikle "**Kadri Paşa Kanunnamesi**" olarak anılır. Mısırlı bir hukukçu olan Kadri Paşa'nın şahsi gayretiyle yazdığı ve kod haline getirdiği Ahval-i şahsiyeye ait bir kanundur. Maddelerin yazımında Hanefî Mezhebi gözetilmiştir. Evlenme, boşanma, miras ve şahsın hukukuyla ilgili hükümler ihtiva eden çok güzel ve Mecelle-yi Ahkâm-ı Adliye'yi örnek alan bir kanunnamedir.

Fakat bir devlet tarafından sahip çıkılmadığı ve tatbikata konulmadığı için resmî bir hüviyet kazanamamış, sadece ilmî bir metin ve güzel bir hukuk âbidesi olarak elimizde kalmıştır. Zaman zaman hukukçular Kadri Paşa Kanunnamesinden istifade veya onda şöyle bir hüküm bulunmaktadır gibi kendilerine özgü bir yorum yaparak bu hükümleri almaktadırlar.[5]

---

5 Metni bazı kitaplarda yayınlanmıştır. Türk Medeni Kanunu ile ilgili referansları da ihtiva eden şu esere de bkz: Ahmet Akgündüz: *Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuk Külliyatı*, Diyarbakır, 1986, Dicle Ü. y. sh. 150 vd.

Üçüncü Bölüm

İSLÂM HUKUKUNUN KAYNAKLARI

İSLÂM HUKUKUNUN KAYNAKLARI



İslâm Hukukunun kaynakları konusunda kısaca aşağıdaki bilgileri verebiliriz:

Hukuk derslerinde anlatıldığı gibi her hukukun bir kaynağı vardır. Mesela, Anayasa Hukuku'nun kaynakları, Medeni Hukukun kaynakları, Ceza Hukukunun kaynakları vardır. Bu kaynaklar kısmında, o hukuk branşına hayat veren ve gelişmesini sağlayan hükümler ele alınır. Mesela Anayasa Hukuku dediğimiz zaman, Anayasa Hukukunun birinci kaynağı anayasanın kendisidir. Daha sonra kanunlardır. Yorum kararları varsa, parlamentonun yorum kararlarıdır. Anayasa mahkemesi o devlette yer alıyorsa, Anayasa Mahkemesi kararlarıdır v.s. Ceza Hukuku için yine aynı şeyi söyleyebiliriz. Ceza Hukukunun kaynağı, Ceza Kanunu başta olmak üzere diğer kanunlar, ceza kanununa yardımcı olan veya onun uygulamasını sağlayan kanunlar, mesela kaçakçılığın men ve takibine dair kanunlar, tüzükler, yönetmelikler ve Yargıtay'ın kararlarıdır.

İslâm Hukukunun kaynaklarını ikiye ayırabiliriz. Birincisi **sabit kaynaklar** yani değişmez kaynaklar; ikincisi değişken veya **İçtihad kaynakları** diyebiliriz. Şimdi biraz yakından bu kaynakları görmeye çalışalım.

A- SÂBİT KAYNAKLAR

Sabit kaynaklar, yukarıda dediğimiz gibi, değişmeyen kaynaklar manasındadır. Bunlar Allah kelamı olan Kur'ân-ı Kerîm ve Peygamberimizin

sözleri ve fiillerinden ibaret olan Sünnet'tir. Bu iki kaynağı biraz daha yakından görmeye çalışalım:

Kur'ân-ı Kerîm, İslâm Hukukunun sabit kaynaklarının birincisidir. 6236 âyetten ibarettir ve 114 sûreden meydana gelmiştir. İçinde itikat, ibadetler, geçmiş kavimlerin kıssaları olmak üzere, ahlâk ve hukuka ait kaideleri ihtiva eden âyetler bulunmaktadır. Bu konu daha önce geçtiği için üzerinde durmuyoruz. Kur'ân-ı Kerîm'e "sâbit" denmesinin sebebi, Allah tarafından gönderilmiş ve değişmez kaidelerin bütünü olmasındandır.

Kur'ân'ın, bugüne kadar Türkçe'de ve diğer dillerde binlerce meâl ve tefsiri yapılmış ve yayınlanmıştır.

İslâm Hukukunun sâbit kaynaklarını biraz daha yakından ele alalım:

Giriş

İslâm Hukukunun kaynakları üzerindeki bu kısa açıklamamız ile, merhum hocamızın hatırasını yâdetmek istiyorum: Benim tesbitlerime göre, Anayasa hukukçusu, hatta diğer hukukçular içinde de, İslâm Hukukunun kaynakları bahsine kitabında ilk defa yer veren, **Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'**dir. 1956 yılında onun talebesi olduğum zaman, kitabında bu başlık altında bazı açıklamaları gördüm. Kısa fakat özlü bir şekilde İslâm Hukukunun kaynaklarını anlatıyordu. Arkasından da İslâm devletinin özelliklerini, yine kısa ve özlü olarak açıklıyordu. Hocamız, 1934 yılında "**Esasiye Hukuku Dersleri**"[6] ismi ile neşrettiği kitabında da yer vermiş, daha sonra bu konuyu geliştirmiş ve kitaplarının yeni baskılarına almıştır. Aradan geçen seneler zarfında merhum hocamızın bu izahatları değerini halâ muhafaza etmektedir.

Ondan sonra bu sahada neşredilen telif ve tercüme bazı kitaplarda da bu konu ele alınmıştır.

Biz de yeni kaynaklara başvurarak bu konuyu tekrar ele almayı uygun gördük.

İslâm Hukukçuları İslâm Hukukunun kaynakları konusunda esasta birlik, teferruatta ihtilaf halindedirler: Yani İslâm Hukukunun kaynaklarının neler olduğu konusunda bir görüş ayrılığı yoktur. Ama kabul edilen

---

6 İstanbul, Selâmet Matbaası.

kaynakların gerek muhtevası ve gerekse fonksiyonları konusunda görüş ayrılıkları mevcuttur.

Biz aşağıdaki incelememizde, İslâm Hukukunun kaynaklarını belirtecek, görüş ayrılıklarına faydalı olduğu nisbette temas edeceğiz.

İslâm Hukukunun kaynakları genel olarak:

1) *Naklî kaynaklar*, yani Kitap ve Sünnet,

2) *Aklî kaynaklar*, yani içtihad yoluyla meydana getirilen diğer bütün kaynaklar olmak üzere sınıflandırılmaktadır.

Bir kısım ilim adamları ise:

1) Sabit kaynaklar: **Kur'ân** ve **Sünnet**

2) İçtihad kaynakları: İçtihada dayanan diğer bütün kaynaklar, şeklinde ayırım yapmaktadırlar.[7]

Aralarında sadece isim farkı olan bu sınıflandırmadan biz ikincisini aldık. Şimdi bunları sırasıyla görmeye çalışalım.

Sabit Kaynakların ilki Kur'ân'dır.

1. KUR'ÂN (KİTAP)

İslâm Hukukunun birinci kaynağının Kur'ân olduğunda ittifak vardır: İslâm Dininin esasları, Kur'ân'ın nazil olması ile ortaya çıkmış ve onun muhtevasına göre şekillenmiştir.

a) Tarifi

Kur'ân'ın târifi, çeşitli özellikleri nazara alınarak yapılmıştır. En kısa şekilde Kur'ân'ı şöyle tarif edebiliriz:

"Kur'ân, Allah tarafından, Hz. Muhammed'e (sallallahu aleyhi ve sellem) Arapça olarak vahiy yoluyla indirilen ve bize tevatürle nakledilmiş son ilahi kitaptır."

Dikkat edilirse bu tarifte şu noktaları belirtmek istedik:

1) Kur'ân, beşer eseri değildir. Muhtevası ve ifadeleri Allah tarafın-

7 Bkz. Nebhan, 246, 298; Zeydan, sh. 276; Bazı müellifler "kaynak" tabiri yerine "delil" tabirini kullanmaktadır (Bkz. Hallaf, 161). Diğer taraftan belirtelim ki, bu kaynaklar İslâm Dininin de kaynaklarıdır.

dan tespit edilmiştir. Bu vasfı sebebiyledir ki, Kur'ân için "**Kelâmullah**", "**Kitab-ı Mukaddes**" gibi tabirler kullanılmaktadır.

2) Vahiy yoluyla indirilmiştir. Kur'ân'ın tamamı 23 yılda tamamlanmıştır. Vahiy vakıası, kabul edilmiş bir gerçektir.[8] Halife Hz. Ebû Bekir (radıyallahu anh) zamanında Kur'ân'ın tertip ve tedvini yapılmış, Halife Hz. Osman (radıyallahu anh) devrinde de bugünkü şekline getirilmiş ve çoğaltılarak o günün belli merkezlerine gönderilmiştir.

3) Hz. Muhammed'e nâzil olan bir kitaptır. Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem), Allah tarafından insanlara gönderilen son peygamberdir. O, yalnız Müslümanlar için değil, bütün insanlar için de peygamber olarak vazifelendirilmiştir. Bir diğer deyişle, Hz. Muhammed'in (sallallahu aleyhi ve sellem) peygamberliği bütün insanlara hitab eder. Onun sözleri ve hareketleri bütün insanlara müteveccihtir.[9]

Her peygamber, geldiği zaman, Allah'tan aldığı emirler gereğince hareket ederek, kavimlerini hidayete dâvet etmiştir. Hz. İsa (aleyhisselâm) insanları, Allah'ın kendisine bildirdiği emirlere, yani İncil'de yer alan esaslara göre davet ettiği gibi, Hz. Muhammed de insanların, kendisine Allah tarafından vahyolunan Kur'ân'a ve kendisinin gösterdiği yola göre hareket etmelerini istemiştir. Çünki ilahî emir böyledir. Şu âyet bu konuda sarihtir.

"*Biz seni âlemlere ancak bir rahmet olarak gönderdik.*" (Enbiya, 21/107)

Bir diğer âyet meâli de şöyledir:

"*Ey Resûlüm! Biz seni bütün insanlığa rahmetimizin müjdecisi, azabımızın uyarıcısı olarak gönderdik, lâkin insanların ekserisi bunu bilmezler.*" Aynı konuda şu ayetlere de bakılabilir: A'raf Sûresi, 7/158; Furkan Sûresi, 25/1; En'am Sûresi, 6/116.

Bir hadisde ise şöyle buyurulmaktadır:

"*Benden evvel her peygamber, özel olarak kendi kavmine gönderiliyordu. Ben ise bütün insanlığa gönderildim.*"[10]

---

8 Bkz. el-Kattan, 15, 18 vd. A. Naim, Tecridin Metni,1/2 vd; Nursi, Sözler, sh. 383; Hamidullah, İslâm sh. 65 vd, Hallaf, 166, 173; Şeltut, 498, Zeydan, 278, Ansay, 10: Akşit, 13, 14.

9 Bkz. el-Butî, 38 vd; el-Kattan, 49 vd.

10 Buhârî, *Teyemmüm*, 1; *Salat*, 56: c. 2, Nu: 223, 245. Bu konuda ayrıca bkz. Hamidullah, 420 vd: Ebû Zehra, Beşerî, 40 vd: el-Mübarek, 78 vd: Refii, 73, 134 vd: Kâmil, 40 vd: Ebû

Durum böyle olunca, Kur'ân'dan sonra, diğer mukaddes kitapların artık tatbik kabiliyetleri kalmamıştır. Aynı şekilde, eski peygamberlerin sözlerinin de, Hz. Muhammed'in söz ve fiillerinin karşısında tatbikat olarak artık hükmü yoktur.

b) Mahiyeti

İslâm Dininin, dolayısıyla İslâm Hukukunun birinci kaynağı olan Kur'ân'ın mahiyeti üzerinde asırlar boyunca çok şeyler söylenmiş ve yazılmıştır. Biz tafsilata girmeden özetle şu noktaları belirtmek isteriz:

a- Kur'ân mukaddes bir kitaptır.

b- Cenab-ı Hak tarafından peygamberine vahy yoluyla indirilmiştir.

c- Kur'ân, bütün insanlığa hitap etmektedir.

d- İndirilen en son kitaptır. Artık başka kitap gelmeyecektir.

Kur'ân'ın mahiyeti hakkında **Said Nursî**'nin aşağıdaki ifadeleri, onun mahiyetini ve muhtevasını mükemmel bir şekilde özetlemektedir:[11]

"*Kur'ân Nedir? Târifi nasıldır?*

Elcevab: (Ondokuzuncu Söz'de Beyân edildiği ve sâir sözlerde isbat edildiği gibi)

Kur'ân, şu kitab-ı kebir-i kâinatın bir tercüme-i ezeliyesi...

Ve âyât-i tekviniyeyi okuyan mütenevvi dillerinin tercüman-ı ebedîsi...

Ve şu âlem-i gayb ve şehadet kitabının müfessiri...

Ve zeminde ve gökte gizli Esmâ-i İlahiyenin mânevî hazinelerinin keşşâfı..

Ve sutûr-u hâdisâtın altında muzmer hakaikın miftahı..

Ve âlem-i şehadette âlem-i gaybın lisanı..

Ve şu âlem-i şehadet perdesi arkasında olan âlem-i gayb cihetinden gelen iltifatat-ı ebediye-i Rahmâniye ve hitâbât-ı ezeliye-i Sübhâniyyenin hazinesi..

Zehra, 90.

[11] Bkz. *Sözler*, 2006, İstanbul, Şahdamar Y., 25. Söz'ün başı (sh 477-80).

Ve şu İslâmiyet âlem-i mânevîsinin güneşi, temeli, hendesesi.

Ve avalim-i uhreviyenin mukaddes haritası...

Ve Zât ve Sıfât ve Esmâ ve şuun-u İlahiyenin kavl-i şârihi, tefsir-i vâzıhı, bürhân-ı katıı, tercüman-ı sâtıı...

Ve şu âlem-i insâniyetin mürebbisi.. ve insâniyet-i kübrâ olan İslâmiyetin mâ ve ziyâsı..

Ve nev-i beşerin hikmet-i hakikiyesi.. Ve insâniyeti saadete sevkeden hakikî mürşidi ve hâdîsi...

Ve insana hem bir kitab-ı şeriat, hem bir kitab-ı dua, hem bir kitab-ı hikmet, hem bir kitab-ı ubûdiyet, hem bir kitab-ı emir ve davet, hem bir kitab-ı zikir, hem bir kitab-ı fikir, hem bütün insanın bütün hâcât-ı mâneviyesine merci' olacak çok kitabları tâzammun eden tek, câmi' bir **Kitab-ı Mukaddes**'tir.

Hem bütün evliya ve sıddıkîn ve urefa ve muhakkikînin muhtelif meşreblerine ve ayrı ayrı mesleklerine, her birindeki meşrebin mezâkına lâyık ve o meşrebi tenvir edecek ve herbir mesleğin mesâkına muvafık ve onu tasvir edecek birer risale ibraz eden mukaddes bir kütübhane hükmünde bir **Kitab-ı Semâvî**'dir.

İkinci cüz' ve tetimme-i târif:

Kur'ân, arş-ı âzamdan, İsm-i âzamdan, her ismin mertebe-i âzamından geldiği için, (Onikinci Söz'de beyân ve isbat edildiği gibi) Kur'ân, bütün âlemlerin Rabbi itibariyle Allah'ın kelâmıdır.

Hem bütün mevcûdâtın İlâhı ünvanıyla Allah'ın fermanıdır.

Hem bütün Semâvât ve Arzın Hâlıkı namına bir hitabdır.

Hem Rubûbiyet-i Mutlaka cihetinde bir mükâlemedir.

Hem saltanat-ı âmme-i Sübhâniye hesabına bir hutbe-i ezeliyedir. Hem rahmet-i vâsia-i muhîta nokta-i nazarında bir Defter-i İltifatat-ı Rahmâniyedir.

Hem ulûhiyetin âzamet-i haşmeti haysiyetiyle, başlarında bâzen şifre bulunan bir muhabere mecmuasıdır.

Hem İsm-i âzamın muhîtinden nüzul ile arş-ı âzamın bütün muhâtına bakan ve teftiş eden hikmetfeşan bir Kitab-ı Mukaddes'tir. Ve şu sırdan-

dır ki, «Kelâmullah» ünvanı kemâl-i liyakatla Kur'ân'a verilmiş ve daima da veriliyor. Kur'ân'dan sonra sâir enbiyânın kütüb ve suhufları derecesi gelir. Sâir nihayetsiz Kelimât-ı İlâhiyyenin ise bir kısmı dahi has bir itibarla, cüz'î bir ünvan ile, hususî bir tecelli ile, cüz'î bir isim ile ve has bir Rububiyyet ile ve mahsus bir saltanat ile ve hususî bir rahmet ile zâhir olan ilhâmât sûretinde bir mükâlemedir. Melek ve beşer ve hayvanatın ilhamları, külliyet ve hususiyet îtibariyle çok muhteliftir.

Üçüncü Cüz': Kur'ân, asırları muhtelif bütün enbiyânın kütüblerini ve meşrebleri muhtelif bütün evliyânın risalelerini ve meslekleri muhtelif bütün asfiyânın eserlerini icmâlen tâzammun eden ve cihât-ı sittesi parlak ve evhâm u şübehâtın zulümatından Mûsaffâ ve nokta-i istinadı, bilyakîn vahy-i semâvî ve kelâm-ı ezelî.. ve hedefi ve gayesi, bilmüşahede saadet-i ebediye.. içi, bilbedâhe hâlis hidâyet.. üstü, bizzarure envâr-ı îman.. altı, biilmelyakîn delil ve bürhân.. sağı, bittecrübe teslim-i kalb ve vicdan.. solu, biaynelyakîn teshir-i akıl ve iz'an... Meyvesi, bihakkalyakîn Rahmet-i Rahman ve dâr-ı cinân... Makamı ve revacı, bilhads-is sadık makbul-ü melek ve ins ü can **bir Kitab-ı Semâvî'dir**."

c) Muhtevası

Kur'ân'ın sûreleri ve âyetleri, anlaşılmasını kolaylaştırmak için, nâzil olduğu mekanlara göre tasnif edildiğinde karşımıza iki türlü taksim çıkar. Mekke'de nâzil olan sûrelere "**Mekkî sûreler**" ismi verilir. Bunların muhtevası, Allah'ın varlığı, tevhid, âhiret, Allah'ın nimetleri vb. konulara aittir. Bu **sûrelerdeki** â**yetler** 1456 tanedir, Medine'de nâzil olan **sûrelere** ise "**Medenî sûreler**" denilir. Muhtevaları, genellikle insanlara hitab eden ve insanlararası münasebetlere ait "**muamelât**" konularına temas eden **sûreler**dir.

Kur'ân-ı Kerim, bize tevatürle nakledilmiştir ve onda, nâzil olduğu günden bugüne kadar hiçbir değişiklik olmamıştır. Zaten bu hususta hiçbir ihtilaf da mevcut değildir.[12]

---

[12] Bkz. Hallaf, 178; Zeydan, 278: Akşit, 14. Aghnides şöyle diyor: "Hz. Osman'ın (radıyallahu anh) çoğalttığı Kur'ân, değiştirilmeden zamanımıza kadar gelen resmî tek metindir. Dahası, bu nüsha, tam ve eksiksiz bir Kur'ân olarak kabul edilebilir, en azından, muhtevası Allah'ın, tertiplenmesi ise insan eseri olan tek ve eksiksiz bir metindir." (sh. 46)

Kur'ân-ı Kerim'de yer alan âyetlerin muhtevası genellikle şu kısımlara ayrılmaktadır:

a) İ*tikat âyetleri*: İnsanların inanması gereken hususlar ve inanç şekillerini belirten âyetlerdir. Bu âyetler, müsbet tarzda ifade edildiği gibi, menfi, yani yasaklar tarzında da olabilir.

Misal olarak şu âyeti zikredebiliriz:

"*Ey insanlar, Allah'ın üzerinizdeki (bunca) ni'metini (kalbinizle) hatırlayın, (dilinizle) anın, sizi gökten ve yerden rızıklandıracak Allah'tan gayrı bir yaratan var mı? Ondan başka hiçbir ilâh yoktur. O halde nasıl (olup) da (tevhidden küfre) çevriliyorsunuz.*" (Fâtır, 3)[13]

b) *İbadet âyetleri:* İnsanların yapması gereken ibadetlerin çeşitlerini ve ibadet usulünü belirtirler.

Misal olarak şu âyeti zikredebiliriz:

"*Hüküm Allah'tan başkasının değildir. O kendisinden gayriye ibadet etmemenizi emreylemiştir. Dosdoğru din işte budur.*" (Yusuf, 40)

Hemen belirtelim ki, ibadetlerin tatbik şeklinin teferruatını Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem) belirtmiştir. Buna biraz aşağıda yine temas edeceğiz.

c) *Ahlâk âyetleri*: Misal olarak şu âyeti zikredebiliriz. "*Anaya, babaya, akrabaya, yetimlere, yoksullara, yakın komşuya, uzak komşuya, yakınınızdaki arkadaşa, yolda kalmışa, sağ ellerinizin mâlik olduğu kimselere (memlüklerinize) iyilik edin.*" (Nisâ, 36)[14]

d) ***Hukuk kaidelerine dair âyetler***: Bu âyetler de, ya müsbet tarzda ifade edilen emir, ya da menfi, yani yasaklar şeklinde ifadesini bulan âyetlerdir.

Bunlara ait misalleri aşağıda zikredeceğiz. Belirtelim ki son iki grup âyetleri "Beşerî münasebetlere taalluk eden âyetler" olarak da adlandırabiliriz. Bu gruptaki âyetlerin, birinci kısmı ahlâkî, ikinci kısmı ise hukukî münasebetleri tanzim etmektedirler.

Burada bizi daha yakından ilgilendirmesi bakımından ayrı bir tasnif daha yapılabilir:

---

13 Ayrıca bkz. İhlas Sûresi; En'am sûresi, 102.

14 Ayrıca bkz. Belgesay, 44 vd, 70 vd.

Kur'ân âyetlerinden bir kısmı "ahkâm âyetleri" ismini alırlar. Bundan maksat, insanların bir şey yapması ve yapmamasını ifade eden emir ve yasaklardır. Ahkâm âyetleri daha çok Medine'de nâzil olmuştur.

Ahkâm âyetleri iki kısma ayrılırlar:

a) *İbadete ait ahkâm âyetleri***:** Bundan maksat, insanların rablerine karşı yapması gereken ibadetleri emreden âyetlerdir. Yukarıda bunun bir misalini zikretmiştik.

Bu âyetler yaklaşık 140 âyettir.[15]

b) *Hukuki münasebetlere ait âyetler***:** Bu âyetlere "muamelât" da denilir. Bu âyetler ait oldukları konulara göre şu kısımlara ayrılırlar.[16]

1- *Aile hukuku (ahvâl-i şahsiye)***:** Bunlar, evlenme, boşanma, miras, vasiyet ve hacre ait olup yaklaşık 70 âyettir.

2- *Medenî hükümler***:** Bunlar, insanların muamelelerini ve alım satım, kira, rehin, kefâlet, şirket, borçlanma ve benzer diğer konuları içine alır. Bunlar da yaklaşık 70 âyettir.

3- *Ceza hükümleri (ukubât)*: Mükelleflerin işlediği suçlara ve insanların hayatını, namuslarını ve haklarını korumak için bu suçları işleyen suçlunun lâyık olduğu cezaya aittir. Bunlar yaklaşık 30 âyettir.

4- *Duruşma hükümleri*: Bunlar, yargı, şehadet ve yemine ait olup, insanlar arasında âdaleti gerçekleştirmeyi garanti için hukukî anlaşmazlıklara bakan mahkemelerin aldığı tedbirlerin düzenlenmesidir. Bunlar yaklaşık 13 âyettir.

5- *Anayasa hükümleri*: Bunlar, idare düzeni ve usulüne aittir. Bu âyetlerin maksadı, idare eden ile idare edilen arasındaki münasebetleri tarif etmek, şahısların ve toplulukların haklarını belirtmektir. Yaklaşık 10 âyettir.

6- *Devletler hukuku hükümleri*: Bunlar, İslâm Devletinin diğer devletlerle barış ve harp halindeki münasebetlerine aittir ve yaklaşık 25 âyettir.

7- *İktisadî ve malî hükümler*: Bunlar gelirler, gelirlerin sarf yolları

---

[15] Nebhan, 284.

[16] Hallaf, 170; Büyük Haydar Efendi, 122 vd.
Kur'ân'ın çeşitli bakımlardan muhtevasını ve özelliklerini belirten geniş çalışmalar yapılmıştır. Hatta bu konudaki incelemelere "Ulûm-u Kur'ân" (*Kur'ân İlimleri*) ismi verilmiştir: Bilhassa bkz. el-Kattan, age; el-Butî, 63 vd. Ayrıca bakınız. Belgesay, 56 vd; Zeydan 280. Değişik bir ayırım için bkz. Ebû Zehra, 101 vd; Şeltut, 500 vd.

ve diğer benzer konular gibi, malî münasebetlerin tanzimini ele alırlar. Yaklaşık 10 âyettir.

Kur'ân'ın muhtevasını teşkil eden âyetlerin bir kısmının manası hemen anlaşılmayabilir. Veya tefsire ve üzerinde farklı kanaatler ileri sürülmeye müsaittir.[17] Muhtevanın bu özelliği sebebiyle, ortaya çeşitli mezhepler çıkmıştır.[18] İbadet ve muamelât sahasında günümüze ulaşan sünnî mezhepler şunlardır: Hanefî, Şafiî, Malîkî ve Hanbelî.

Bu âyetler insanları İçtihad yapmaya âdeta "teşvik" etmiştir. Benzer durum sünnet için de söz konusudur.[19]

2. SÜNNET

Giriş:

Kur'ân gibi, bu da sabit olan bir kaynaktır. Çünkü bu sünnetlerin sahibi olan Hz. Muhammed bu dünyadan göçtüğü için, artık yeni bir söz söylemesi, yeniden bir fiil yapması söz konusu değildir.

1- Tarifi

Sünneti iki bakımdan tarif etmek mümkündür:

Lûgat mânası olarak sünnet, "yol" ve "gidiş" demektir.[20] Ama bizi asıl ilgilendiren onun ıstılah mânasıdır:

Bu mânadaki sünneti şöyle tarif edebiliriz: "*Sünnet, Hz. Muhammed' in* (aleyhissalatu vesselâm) *sözleri, fiilleri ve takrirleridir.*"

Şimdi bu tarifi biraz daha yakından görelim:

a. Hz. Muhammed'in sözleri, yani "**kavlî sünnet**", sünnetin birinci çeşididir. Bunlara aynı zamanda "**Hadis**" de denilir. Bu duruma göre, her hadis sünnettir, ama her sünnet hadis değildir. Hadis, Hz. Peygamber'in (sallallahu aleyhi ve sellem) ya bir hâdise vesilesiyle, yahut kendiliğinden insanlara ifade ettikleri bu sünnet çeşidini teşkil eder. Örnek verecek olursak:

---

[17] Nursî, *Şuâlar*, 117.

[18] Nursî, *İşarâtü'l-İ'caz*, 7.

[19] 18a Bkz. Bilmen, 1/133; Zeydan, 287; Şeltut, 511; Büyük Haydar Efendi, 288.

[20] Hadisler çeşitli bakımlardan kısımlara ayrılmıştır. (bkz. Naim, 19 vd) Buradaki söz konusu olan, sünnetin kaynağı bakımından olan ayrımdır.

Hz. Peygamber'in sözleri, emir şeklinde olabileceği gibi, yasaklayıcı olabilir veya bu hadis, tavsiye mahiyetindedir.

Misal olarak şunları zikredebiliriz:

"*Ameller niyetlere göredir.*" (Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir).

"*Zarar ve mukabele bizzarar yoktur.*"[21]

"*Zarar vermek ve zarara zararla karşılık vermek yasaktır.*"

Peygamberimizin bu sözü, bir hukuk kaidesidir. Bu hukuk kaidesi insanlar arasında zarar vermeyi yasaklıyor. Zarara zararla karşılık vermeyi de yasaklıyor. Mesela bir kimse sizin evinizin kiremitlerini kırarsa, siz de gidip onun evinin kiremitlerini kırmayın, ona bu şekil bir zararla cevap vermeyin demektir. Birinci hareket yanlış, ama o yanlışa yanlışla cevap vermenin de yine yanlış olduğunu ifade ediyor.

b. **Fiilî sünnetler**. Peygamberimizin davranışlarıyla ve hareketleriyle ortaya koyduğu sünnetlerdir.

Meselâ Kur'ân'da mutlak olarak emredilen namazın nasıl kılınacağı onun fiillerinden öğrenilmiştir. Hac ibadetinin nasıl eda edileceği de yine onun fiilleri ile tesbit edilmiştir. Ayrıca yemin ve şâhit ile nasıl muhakeme icra edileceği yine onun davranışlarından öğrenilmiştir.

Bir hadiste "*Ben namazı nasıl kılıyorsam siz de öyle kılın.*" buyrulmuştur.[22] Bir diğer hadiste ise "*Hac ile ilgili ibadetlerinizi benden öğreniniz.*"[23] buyurulmuştur.

Görüldüğü gibi Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem), gerek sözleriyle gerekse davranışlarıyla İslâm Dinini bize öğretmekte, hukuki münasebetleri ortaya koymaktadır. Davranışları da hukuk açısından ve hukukçular için bir kaynak vazifesi görmektedir.

Hz. Peygamber'in davranışlarını da İslâm Hukukçuları ikiye ayırıyor:

Biri **müsbet davranışlar,** yani Peygamberimizin bir işi yapması ve hareketiyle göstermesi demektir. Mesela Peygamberimizin nasıl evlendiğini ve evlenirken (akdi yaparken) düğün yapıp yapmadığını; insanlardan

---

21 Bu ifadeler *Mecelle*'de yer almaktadır. (md. 2 ve 19), ancak kaynağı hadistedir.

22 Buhârî, *Essan*, 18; *Edeb*, 27, *Ehad*, 1.

23 *Müsned*, 3/318, 366.

ödünç veya ariyet aldığı zaman ne şekilde hareket ettiğini göstermesi, bir İslâm Hukuku kaidesi bakımından müsbet bir fiil örneğidir. Mesela Resûl-i Ekrem Efendimiz'in at ve zırh ödünç aldığı, yani eşya ödüncünde bulunduğu biliniyor. Eşya ödüncünün nasıl olduğu, Peygamberimizin bu konuda nasıl davrandığı hadis kitaplarında belirtilmiştir.

c. **Takriri sünnet** veya **sükûtî sünnet'tir.** Hz. Peygamber'in (aleyhis-salatu vesselâm), sahabelerden sâdır olanı söz ve fiilleri, ya muvafık görerek tasvip etmesi, ya da sükûtu ile kabul etmesidir. **H**erhangi bir kimse bir davranışta bulunduğu zaman Peygamberimizin onu gördüğü halde sesini çıkarmaması, veya itiraz etmemesi, kabullendiği manasına geldiği için bu tür sünnete **takrirî sünnet** ismi veriliyor.

Mesela mali konularda bir şahit ve yeminle karar verilmesi gibi: Önünde böyle bir olay cereyan etmiştir ve bu olay karşısında Hz. Peygamber'in (sallallahu aleyhi ve sellem) itiraz etmemesi, o hareketi kabullenmesi manasına geldiğini İslâm hukukçuları ortaya koyuyor.[24]

Bir başka misal olarak da şu rivayet zikredilebilir:

"Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem) Muaz İbn-i Cebel'i Yemen'e gönderdiği zaman ona dedi:

– Ne ile hükmedeceksin?

O, şöyle cevap verdi.

– Allah'ın kitabıyla.

– Allah'ın kitabında bir şey bulamazsan?

– Allah'ın Resûlünün sünnetiyle.

– Allah'ın Resûlünün sünnetinde bir şey bulamazsan?

– Görüşüme göre içtihad ederim.

Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem) bu söz üzerine onun sırtına vurarak şöyle dedi:

---

[24] Sünnet (Hadis) konusunda geniş bilgi için bkz.: 1- *Buhârî Muhtasarı Tecrid-i Sarih Tercümesi ve Şerhi,* D. İ. B. Y. , 1. c.; 2-Talat Koçyiğit, *Hadis Istılahları*, Ankara, 1980, AÜ. İlahiyat F. Y.; 3- Prof. Dr. Mustafa Sibai, *İslâm Hukukunda Sünnet* (Terc.: Edip Gönenç). İstanbul, 1981, Evs y,

– Allah'ın Resûlünün elçisini, Allah Resûlü'nün memnun olacağı şeye muvaffak kılan Allah'a hamd ederim."[25]

O halde, bir hâkimin, Kur'ân ve Sünnet'de bir hüküm bulamadığı zaman, kendi içtihadı ile hareket ederek hükmetmesi mümkündür. Çünkü Hz. Peygamber bu tarz bir ifadeyi reddetmeyerek kabullenmiş, yani uygun görmüştür. Böylece bu noktada bir takrirî sünnetten bahsedilmektedir.

2- Mahiyeti

Sünnetin mahiyeti konusunda şunlar söylenebilir:

– Sünnet İslâm Hukukunun bir kaynağıdır. Derece olarak Kur'ân'dan sonra gelir ve İslâm Dininin esaslarını anlatır.

– Sünnet, Kur'ân'ı tavzih (açıklamalar) ve tefsir (yorumlar) eder. Bu kısma biraz aşağıda yine temas edeceğiz.

Sünnetin bir kaynak olduğuna dair hem Kur'ân da hem de Sünnetin kendisinde hükümler bulunmaktadır. Ayrıca İcmâ da söz konusudur.

a- Bu konuda Kur'ân'dan şu âyetler zikredilebilir:

"*Peygamber size ne verdiyse onu alın, size ne yasak ettiyse ondan da sakının. Allah'dan korkun. Çünkü Allah (ın) âzabı çetindir.*" (Haşr, 7)

"*Öyle değil; Rabbine andolsun ki, onlar aralarında çekiştikleri şeylerde seni hakem yapıp, sonra da verdiğin hükümden yürekleri hiçbir sıkıntı duymadan tam bir teslimiyetle itaat etmedikçe iman etmiş olmazlar.*" (Nisâ, 65)

"*Ey iman edenler, Allah'a itaat edin. Peygambere ve sizden olan emir sahiblerine de itaat edin. Eğer bir şey hakkında çekişirseniz, onu Allah'a ve Peygamber'e döndürün, eğer Allah'a ve âhiret gününe inanıyorsanız. Bu, hem hayırlı, hem netice itibariyle daha güzeldir.*" (Nisâ, 59)

"*Allah ve Peygamberi bir işe hüküm ettiği zaman gerek mü'min olan bir erkek, gerek mü'min olan bir kadın için (ona aykırı olacak) işlerinde kendilerine muhayyerlik yoktur. Kim Allah'a ve Resûlüne isyan ederse muhakkak ki o, apaçık bir sapıklıkla yolunu sapıtmıştır.*"(Ahzab, 36)[26]

---

[25] Ebû Davud, *Kitabul-Akziye*, 11. Ayrıca bkz. Zeydan 291: Ansay, 15. Ayrıca bkz. el-Hudarî, 43.

[26] Diğer misaller için bkz. Âl-i İmran, 32; Nisâ, 59, 69; Tevbe, 84; Ahzab, 26; Hucurât, 14; Maide, 92.

b- Sünnetten ise şu misaller verilebilir:

"Bana itaat eden kimse, muhakkak ki Allah'a itaat etmiş olur. İsyan eden de Allah'a isyan etmiş olur."[27]

"Sakın sizden birinizi emrettiğim veya men'ettiğim hususlardan biri kendisine gelince koltuğuna yaslanmış olduğu halde: 'Bilmiyorum Allah'ın kitabında ne bulursak ona uyarız…' derken bulmayayım."[28]

Müellifler, bu konuda başlangıçtan bugüne kadar Müslümanlar hadisi kabul ve onu İslâm Hukukunun bir kaynağı kabul ettiklerini ve böylece icmâ husule geldiğini de belirtiyorlar.[29]

Bu konuda çok şeyler söylenebilir ve söylenmiştir. Aşağıdaki hârika ifadeler bunlara örnektir:

"Zât-ı Risalet'in akvali gibi ef'al ve ahvali ve etvar ve harekâtı dahi, menabî-i din ve şeriattır. Ve ahkâmın me'hazleridir. Şıkk-ı zâhirisine Sahabeler hamele oldukları gibi, hususi dairesindeki mahfi ahvâlâtından tezahür eden esrar-ı din ve ahkâm-ı şeriatın hameleleri ve râvileri ezvac-ı tâhirattır. Ve bilfiil o vazifeyi ifâ etmişlerdir. Esrar ve ahkâm-ı dinin hemen yarısı belki onlardan geliyor."[30]

Bu konuda ortaya çıkan İcmâya gelince: Sahabeler ve İslâm âlimleri sünnetin de bir kaynak olduğunda ve ona uyulması gerektiğinde ittifak etmişlerdir. [31]

Sünnet, Kur'ân'dan sonra gelen bir kaynaktır. Aşağıda belirteceğimiz "*sâbit olmayan diğer kaynaklar*," yani "**İçtihad kaynakları**" Kur'ân'a aykırı hükümler ihtiva edemedikleri gibi, sünnete de aykırı hükümler ihtiva edemezler.

Belirtelim ki, insanların her tabakası Kur'ân'ı okuyup hemen anlayacak ve hükümler çıkaracak kadar ilim sahibi olmadıklarından, sünnet onlar için başvurulacak ve Kur'ân'a nisbeten kolayca anlaşılacak bir kaynak rolü oynamıştır. Sünnet, aynı zamanda Kur'ân'ı da açıklayan bir kaynaktır.

---

[27] Buhârî, *Cihad* 109; İbn-i Mace, *Mukaddime* 1

[28] Tırmizi, no. 2800-1.

[29] Mesela bkz. Ebû Zehra, 119; Hallaf, 182; Nebhan, 260.

[30] Nursi, *Mektubat*, 7. Mektup, sh. 25

[31] Bkz. Hallaf, 182 vd.; Nebhan, 260 vd.

3- Muhtevası

Sünnetin muhtevası nedir? Bu sorunun cevabını genel olarak şöyle verebiliriz: Sünnetin muhtevası, İslâm Dininin meşgul olduğu her meseledir. Yâni itikat (inanç), ibadet, ahlâk ve muamelât (hukuk)dır. Ama bir ayırıma tabî tutmak gerekirse üç bakımdan ele alınabilir:

Birincisi: *Konuları bakımından***:** Sünnet; ibadetlere ait olabileceği gibi, itikada, ahlâka ve hukukî münasebetlere de ait olabilir.[32]

İkincisi: *Kur'ân ile ilgisi bakımından*: Sünnetler Kur'ân'ın temas ettiği hususlara ait olabileceği gibi, onun dışındaki meselelere de ait olabilir.

Bunlar da iki çeşittir:

a. Kur'ân'daki hükümlere uygun olan ve onu te'kid eden sünnetler.

Misal: Zekâtın verilmesi, namazın kılınması, orucun tutulması, Allah'a şirk koşmayı yasaklama, yalan yere şehadet, ana babaya itaatsizlik hakkındaki sünnetler.

b. Yahut da Kur'ân'daki hükümleri tefsir, beyan ve tafsil eden sünnetlerdir.

Misal olarak şu sünneti verebiliriz:

"Mutarrif İbn-i Abdullah'a şöyle denilmiştir: Bize sadece Kur'ân'dan bahset. O da şöyle cevap vermiştir: 'Allah'a yemin ederim Kur'ân'a bedel bir şey kurmak istemeyiz, ancak Kur'ân'ı bizden iyi bileni isteriz.' "

Sünnetin Kur'ân'ı beyan şekilleri şunlardır:

a) Kur'ân'daki kısa ve özet halindeki âyetleri bildirmek, zorlukları açıklamak, geneli hususîleştirmek, mutlakı sınırlamak: Hz. Peygamber'in (sallallahu aleyhi ve sellem) namaz zamanlarını ve rek'at sayısını nasıl kılınacağını, zekâtın miktarını ve haccın menasikini bildirmesi gibi.

b) Kur'ân'da mevcut bazı lâfızların mânasını bildirmek: **"el-Mağdub aleyhim"** (Fatiha, 7) mânasının Yahudiler olduğu, ve "**ed-dallîn**"in mânasının ise Hristiyanlar olduğunu bildirmesi gibi.

c) Kur'ân dışında hükümler bildirmek: İki kız kardeşi aynı anda nikah

---

32 Bkz. Hallaf, 184-5 vd;Nebhan, 260.

altında bulundurmayı, kadının dayı ve amcasına nikâhlanmasının yasaklamak, sadaka-i fıtrı ve zina yapanı recmetmeyi emretmek gibi. [33]

d) Nesh'i bildirmek: Bir âyetin diğer bir âyeti neshettiğini, yani hükmünü kaldırdığını Hz. Peygamber'in (sallallahu aleyhi ve sellem) bildirmesi gibi.

e) Te'kid'i bildirmek: Kur'ân'ın bildirdiğini te'kiden gören sünnet gibi. Bundan maksat, Kur'ân'ın hükmünü te'kid ve onu takviye etmektir."[34]

İslâm âlimleri, bu konunun esaslarını beyan ve tafsil eden bir ilim bile ortaya çıkarmışlardır. İsmine "**Usûl-ü Hadis**" denilen bu ilim, hadislerin tesbiti ve kısımlara ayrılması ile meşgul olan bir usul ilmi (Metodoloji) dir.[35]

Bu açıdan bakıldığı zaman Sünneti üç kısma ayırabiliriz:

1- **Mütevatir Sünnet**: Hz. Peygamber'den (aleyhissalatu vesselâm) kalabalık sayıda bir topluluk tarafından nakledilen ve herkesin üzerinde ittifak ettiği sünnetlerdir.

Misal olarak, namazın nasıl kılınacağı, hac farizasının nasıl eda edileceği, zekâtın miktarı hususundaki sünnetler vb. verilebilir.

2- **Meşhur Sünnet**: Tevatür derecesine varmayan hadis demektir. Mütevatir sünnet ile arasındaki fark, burada birinci nakilde tevatürün olmamasıdır.

3- **Ahad (Tek kişiden nakledilen) Sünnet (Haber-i vâhid)**: Bu, bir veya iki kişinin naklettiği sünnetlerdir. Hadis kitaplarındaki hadislerin çoğu bu çeşittendir.

Mütevatir sünnet yakinî bilgiyi (ilme'l-yakîn), buna karşılık meşhur sünnet yakîne benzeyen zannı ifade etmesi bakımından aralarında fark vardır.[36]

Mütevatir sünnet ile meşhur sünnete itaat mecburiyeti vardır. Ahad sünnet ise zannı ifade eder. Âlimlerin büyük çoğunluğu (cumhur-u ulemâ) ahad hadisleri de kabul etme görüşündedirler. Yeter ki, ahad bir hadisi kabul için, onda kabul şartları bulunsun.[37]

Belirtelim ki, burada sözü edilen sünnetler, hukukî münasebetlere

---

[33] Ayrıca bkz Hallaf, 184;. Nebhan, 262.

[34] Hallaf, 184

[35] Bu konuda bkz. Hallaf, 186 vd.; Ebû Zehra, 181 vd.; Ahmet Nâim, 5 vd.; Sibai, 123 vd.

[36] Bkz. Ebû Zehra, 186 vd.; Hallaf, 113 vd.; Nebhan, 252 vd.

[37] *Aynı yer.*

kaynak fonksiyonuna sahip ve uyulması gereken sünnetlerdir, yoksa Hz. Peygamber'in (aleyhissalatu vesselâm) adab kabilinden bu özellik dışındaki özel davranışları değildir.[38]

Bu ve benzeri davranışlar, Hz. Peygamber'in (sallallahu aleyhi ve sellem), peygamber olarak değil, sadece bir insan olarak ifa ettikleri hareketleridir. Bu sebeple, bir hukuk ve dinî kaide hüviyetinde olmayıp, isteyenin tâbi olabileceği, özel tasarruflarıdır.

4- Fonksiyonu

Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem), Allah'ın emrettiğini tebliğ eder. Bir âyette (Mâide, 67) şöyle deniliyor:

"*Ey Resûl, Rabbinden sana indirileni tebliğ et. Eğer yapmazsan (Allâhın) elçiliğini tebliğ (ve ifâ) etmiş olmazsın. Allah seni insanlardan koruyacaktır. Şüphesiz ki Allah kâfirler güruhunu muvaffak etmez.*"[39]

Sünnetin gerek İslâm Dininde ve özellikle İslâm Hukukunda ifa ettiği fonksiyon hakkında çok şey söylenmiştir ve söylenebilir.

Dini fiilen ve söz ile anlattığı için, insanların İslâm Dinini tatbik ve buna tabi olması bakımından sünnetin ehemmiyeti büyüktür. İnsanlar dinlerini Hz. Peygamber'den (aleyhissalatu vesselâm) öğrenmişler, ahlâklarını Onu örnek alarak değiştirmişler, hukuki münasebetlerinde de Onu hakem tutmuşlardır. Hz. Muhammed (aleyhissalatu vesselâm), hem dinî ve hem de dünyevî meselelere ait güçlüklerde başvuralacak bir rehber olduğundan, sünnetin ifa ettiği kaynak olma fonksiyonu ve bu fonksiyonun değeri kolayca anlaşılır.

Aşağıdaki ifadeler oldukça dikkat çekicidir:

"*Hazret-i Muhammed en bedevi, en ümmi bir kavmi, getirdiği nur vasıtasıyla, kısa zamanda dünyaya üstad ve hâkim eylemiş, yaşadığı devir hakikî bir saâdet-i beşeriye asrı olmuştur… Getirdiği şeriat, ondört asrı ve nev'i beşerin humusunu (beşte birini) âdilâne ve hakkaniyet üzere ve müdakkikane hadsiz kanunlarıyla idare etmesi, emsal kabul etmez…*

---

[38] Bkz. Hallaf, 188 vd.

[39] Maide, 5/67. Tefsirlerde bu âyetin tefsiri ile ilgili dikkat çekici ifadeler yer alıyor..

Hazreti Muhammed, emsalsiz bir şeriat, misilsiz bir İslâmiyet ve hârika bir ubûdiyet ve fevkâlâde bir dua ve cihanpesendâne bir dâvet ve mucizâne bir iman sâhibi…"dir.[40]

İslâm âlimleri kadar "müsteşrikler" ismini verdiğimiz batılı şarkiyat âlimleri de sünnet mevzuunda araştırma yapmışlardır. Onların dikkatini daha çok hadis toplama ve tesbiti konusundaki metod çekmiştir. Meşhur müşteşrik JUYNBOLL'dan şu cümleyi nakletmek isterim:

"İsnadların intikadî bir surette tetkiki için, İslâm âlimleri en mûtenâ taharrîlere girişmişlerdir. Hadisi nakledenlerin (rical) ne zaman ve nerede yaşamış olduklarını ve hangilerinin birbirleriyle münasebette bulunduklarını anlamak için, onların yalnız isimlerinin ve hayatlarının öğrenilmesi ile iktifa edilmez; aralarında sikatdan olanların (güvenilir kimse) tâyini için, her birinin "ahl al-sunna va'l-camaat" (Ehl-i Sünnet)dan olup olmadığı da inceden inceye tetkik edilir."[41]

Bu genel ifadelerden sonra diyebiliriz ki, sünnet yasama (teşrii) ve yargı (kazâ) fonksiyonu ifa etmiştir. Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem), devrinde Kur'ân ile birlikte bizzat yasama görevini ifa ediyordu. Aynı zamanda hukukî ihtilafları da hallederek yargı fonksiyonu ifa etmiştir. Sünneti de daha sonraki asırlarda, yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerine kaynak ve rehber olmuştur.[42]

5- Hadislerin Tesbiti - Toplanması

Sünnet Kur'ân'dan ikinci kaynak olduğundan ve insanların ona göre hareket etmesi icab ettiğinden, kesin olarak tesbiti ve yazılı bir metin hale getirilmesi büyük ciddiyet isteyen ve o kadar da ehemmiyetli bir meseledir.

Emevi halifelerinden Ömer İbn-i Abdülaziz tarafından (Hicri 61-101) başlatılan hadisleri toplama faaliyeti uzun zaman devam etmiş, bu gaye ile birçok âlim ciddi ve usulüne uygun çalışmalar yapmışlardır.

a. Sünnetin Kaynakları

Sünnetin kaynakları nelerdir? Biz Peygamberimizin gerek kavli ve

---

40 Said Nursi, *Şualar*, 7. Şua, (*Âyetü'l-Kübra*)., İstanbul, 2003, Sözler y., sh. 106, 7 ve 8.
41 Bkz. MEB., *İslâm Ansiklopedisi*, Hadis md.
42 Bkz. Nebhan, 265 vd.; 357 vd.

gerekse fiili sünnetlerini, fiili sünnetin de müsbet olanlarını ve takriri sünnetlerini nereden elde edebiliriz, nasıl bilebiliriz?

Sünnetin kaynakları bu konuda Peygamberimizin sözlerini ve fiillerini toplayan ve yukarıda bazılarının isimlerini zikrettiğimiz kitaplardır. Tabii ki bunların dışında daha yüzlerce hadis kitabı vardır. Sünen ismi verilen, yani sünnetler manasına gelen kitaplar asırlarca üzerinde çok konuşulmuş, çok şey yazılmış ve derlenmesi, toplanması seneler almış kitaplardır. Bir diğer deyişle peygamberimizin vefatından sonra kavli ve fiili sünnetlerini tesbit edip, yazarak bir araya getirme gayretleri başlamıştır. Çünkü İslâm Dininin bir kaynağıdır. Kur'ân-ı Kerîm nasıl peygamberimizin hayatında ve bilhassa Hz. Ebubekir zamanında mushaf haline getirilmiş ve Hz. Osman döneminde de çoğaltılarak yanlışsız öğrenilmesi için için gayret sarfedilmiş ise, sünnetler de öyledir: Peygamberimizin vefatından sonra, sünnetleri tespit etmek, bir araya getirmek ve onları derleyip toplayıp düzene koyma gayretleri görülmüştür. Peygamber Efendimizin sünnetini gören yani ondan bir söz işiten veya bir fiilini gören kimselerin, ki sahabelerdir, ağızlarından bu sünnetlerin neler olduğunu, Peygamberimizin hangi konuda, neler söylediğini tespit etmek ve bunları toplamak için seneler süren gayretler görülmüştür. Hayatlarını bu işe vakfeden kimseler Resûl-i Ekrem'in sünnetlerini ve hadislerini kitap halinde toplamak için çalışmışlardır.

Hadis âlimleri hadisleri toplarken ve sıhhat derecesini kontrol ederken, çok titiz davranmışlar, hakkında en küçük bir şüphe olan bir rivayeti sahih (kuvvetli) hadis kabul etmemişlerdir. Hadislerin senedlerinin tesbiti hakkındaki izahatlar okunursa, bu durum daha iyi anlaşılır.

Hadis âlimleri, hadisleri toplarken, ilk önce uydurma (mevzu) hadislere dikkat ve onları sıhhatli olanlardan ayıklamaya gayret etmişlerdir. Gerek kötü niyetli kimseler ve gerekse dikkatsiz ve itina göstermeyen kimselerin "hadis"diye rivayet ettiklerini, sıhhatli yani gerçek olanlardan bu suretle ayıklamışlardır. Neticede yukarıda belirttiğimiz sıhhatli hadis kitapları ortaya çıkmıştır.[43]

---

[43] Bu konuda kaynak çoktur. Meselâ bkz. Nursi, *Mektubat*, 19. Mektup, sh.; Daha fazla bilgi için bkz. Naim, *Tecrid-i Sarih*, c. 1; Nebhan, 266 vd..

b. Başlıca Hadis Kitapları

Bu konuda tafsilâta girmeden belirtelim ki, başta İslâm âlimlerince hadisleri toplayan ve en sıhhatli kitaplar kabul edilenler altı tanedir. Bunlar, bazen aynı hadisleri, bazen da farklı hadisleri ihtiva etmektedirler. Bu altı kitapta mükerrerler çıktığında geriye 10 bin civarında hadis kalmaktadır.

1) **el-Câmiu's-Sahîh**: Sahih-i Buhârî (Ebû Abdullah Muhammed İbn-i İsmail el-Buhârî) (H. 194-256/M. 810-869)

Türkçeye şerh edilerek birkaç defa tercüme edilmiştir. Muhtasarının bir şerhi ve tercümesi Diyanet İşleri Başkanlığı yayınlarından çıkmıştır.

2) **el-Câmiu's-Sahîh**: Sahih-i Müslim (Ebu'l-Hüseyin Müslim İbn-i'l-Haccac el-Kuşeyrî en-Neysaburî) (H. 204-264). Muhtelif tercüme ve şerhleri vardır. Geniş bir şerhi ile beraber tercümesini Ahmed Davudoğlu hazırladı ve Sönmez Yayınları yayınladı.

3) **Sünenü Ebi Davud**, (Ebû Davud Süleyman es-Sicistanî) (H. 202-275/M. 817-888). Türkçe'ye şerh edilerek tercüme edilmiştir.

4) **Sünenü Tirmizî**: (Ebû İsa Muhammed İbn-i İsa et-Tirmizî) (H. 209-279/M. 821-892). Türkçe'de farklı birkaç tercümesi vardır.

5) **Sünenü Nesaî** (Ebû Abdurrahman Ahmed en-Nesaî) (II. 215-303). İmam Suyutî şerhi ile beraber Türkçeye tercüme edilmiştir.

6) **Sünenü İbn-i Mace**, (Ebû Abdullah İbn-i Mâce el-Kazvinî) (H. 209-283). Türkçeye şerh edilerek tercüme edilmiştir.

Bunlardan ilk ikisine '*sahihayn*' (iki en sahih) ismi verilir. Bu iki hadis külliyatı, İslâm âleminde Kur'ân'dan sonra en sahih iki kaynak kabul edilmiştir.

Bunlar dışında kalan ve fakat güvenilir ve meşhur hadis külliyatları da var. Bunlardan üçünün ismi şöyledir:

7) **Sünenü Dârımî**, (Ebû Muhammed Abdillah ed-Dârimî). (H. 181-255/M. 797-868) Türkçe'de tercümesi ve şerhi vardır.

8) **el-Muvattâ** (Mâlik İbn-i Enes) (H. 93-179/M. 712-). Türkçeye tercüme edilmiştir.

9) **el-Müsned**: (Ahmed İbn-i Hanbel) (H. 164-241/780-855). Türkçeye tercüme edilmektedir.

Bunlar dışında kalıp da hadisleri ihtiva eden bazı kitaplar daha bulunmaktadır. Ancak, hadis âlimlerince ilk altı kitap ihtilafsız kabul edilmiş kitaplardır; diğerleri ise genellikle itimada şâyan kitaplardır. Bunun dışında kalanlar ise atıflar yapılabilir ve istifade edilebilir, ancak birinci ve ikinci gruptakiler kadar muteber kabul edilmemektedir.

Dikkat edilirse, burada sözkonusu olan, o kitaplardaki hadislerin sıhhatine olan güvenin derecesidir. Yoksa ortada bir delil yokken, elbette altı kitap dışında kalan kitaplardaki hadislerin sahte olduğuna hükmedilemez.

Belirtelim ki bu dokuz kitap üzerinde çok çalışmalar yapılmıştır ve gerek Müslüman ve gerekse batılı âlimler birçok yayın yapmışlardır. Bu çalışmalar Türkçe ve yabancı dilde olup elimizde bulunmaktadır.

Bu konuda şunları da belirtelim ki, batılı âlimler bu dokuz kitabın fihristini bile yapmışlardır. Çünkü 19. Asrın sonlarından itibaren İslâm araştırmaları batı dünyasında çok geniş bir yer işgal etmiştir. Bu kitapları bilmek, tercüme etmek ve İslâm Dünyasının ve Müslümanların hareketlerini bilerek, onlar üzerinde kendi koloni idarelerinin sağlam bir şekilde devam etmesini sağlamak için, bu gayretleri göstermişlerdir.

Hollanda'da toplanan âlimler Leiden üniversitesinin bünyesinde senelerce çalışarak bu 9 kitabın 8 büyük cilt halinde "Mucemu'l-Müfehres" ismiyle bilinen mufassal bir indeksini meydana getirmişlerdir ve bu çalışma **Bril** yayınevi tarafından yayınlanmıştır. Halen İslâm Dünyasında hadislerin bundan daha geniş bir indeksi yoktur. Şimdilerde İslâm Dünyasında Hadis çalışmaları oldukça hız kazanmış ve hemen hemen bilinen tüm hadis kaynaklarının neşri yapılmış, internet ortamında yayılmış ve CD'lerde programlar halinde satışa sunulmuştur.

B- SABİT OLMAYAN KAYNAKLAR (İÇTİHAD KAYNAKLARI)

İslam Dininin ve tabii İslam Hukukunun ana kaynakları dörttür. Buna Edille-i erbaa denmektedir. **Edille-i erbaa** demek dört kaynak veya dört delil demektir. Yani 1- Kur'ân-ı Kerîm 2- Sünnet 3- İcma-i ümmet,

4-Kıyas-ı Fukaha, yani İslâm Hukukçularının kıyaslarını ihtiva etmektedir. Biz, yukarıda bu dört kaynaktan iki ana kaynağa Kur'an ve Sünnete temas etmiştik. Bir de bu dört kaynağın dışında tali kaynaklar vardır.

Kur'an ve Sünnetin dışındaki diğer kaynaklara gelince, bunlar değişken kaynaklardır. Yani birinci gruptakiler gibi sabit ve değişmez değil, zamanla değişebilir. Âlimlerin, yukarıda açıklanan iki ana ve sabit kaynak olan Kur'ân ve Sünnet'ten çıkardıkları hükümleri ihtiva eden bir kaynaktır.

Bunlara **İçtihad kaynakları** da diyebiliriz. Çünkü, bunlar, müçtehitlerin yaptığı yorumlar ve İçtihadlarla ortaya çıkarlar.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, bunlar sabit kaynak özelliği olmayan, yani zamanla değişebilen kaynaklardır.

1- Bu kaynakların ilki icmadır. Aynı asırda yaşayan âlimlerin bir mesele üzerindeki ittifaklarıdır.

2- Bir diğer kaynak da kıyasdır.

3- Üçüncü, yine bir İçtihad kaynağı **örf ve âdettir**. Yukarıda belirttiğimiz gibi hukuki münasebetler ve örf ve âdete laik hukuklarda olsun, dinî hukuklarda olsun başvurulur. Hakkında kesin bir kaide bulunmayan meselede hâkim örf ve âdete başvurur. Zaten medeni kanununun birinci maddesinde bu durum düzenlenmiştir. Nelerin örf ve âdet olduğu yine ilgili kitaplarda belirtilmiştir. Belirtelim ki bir hareketin örf ve âdet olarak kabul edilebilmesi için, muttarit olması yani devamlı tatbik edilmesi ve geniş bir grup tarafından tatbik edilmesi gerekir. Ve nihayet o örf ve âdetin Kur'ân'a ve sünnete aykırı olmaması gerekir, aykırı olduğu takdirde ise, İslâm Hukuku bakımından bir kaynak kabul edilemez.

4- Dördüncüsü, âmme menfaatidir. Bunun için **mesalihi mürsele** veya **istislâh** kavramları da kullanılıyor. Toplumun (amme) menfaati, İslâm Hukuku kaynağı ve kaidesidir. Bu günkü hukukumuzdaki kamu yararı kavramında olduğu gibi.

İçtihadi kaynakların beşincisi **istihsan,** altıncısı **istishab,** yedincisi **seddi zerai,** sekizincisi **evvelkilerin şeriatı**, dokuzuncusu, **sahabelerin görüşleri**'dir.

Özet olarak sunduğumuz bu bilgileri, daha yakından ele alıp ve örnekler vererek şöyle açıklayabiliriz.

İslâm Hukuku ile ilgili ilmî araştırmalarda belirtildiği gibi, İslâm Hukukunun kaynaklarından birinci grup "*Sâbit kaynaklar*" diye isimlendirilmektedir. Bunlar Kur'ân ve Sünnet'tir. Her ikisi de sâbit oldukları, yâni değişmedikleri ve değişmelerine imkân olmadığı için, bu isim verilmiştir. Bu iki kaynağa biraz yukarıda temas etmiştik.

Şimdi temas edeceklerimiz ise, ilk iki kaynağa dayanarak ortaya çıkan kaynaklardır. Ortaya çıkışları, hukukçuların fikir faaliyetleri, yâni İçtihadları neticesidir. Bu sebeble bunlara "*İçtihad kaynakları*" ismi de verilmektedir. Bazı müellifler, bunlara *"tefsir kaynakları"* demektedirler. Çünkü bu kaynaklar, âlimlerin Kur'ân ve Sünnet hükümlerini tefsirleri neticesi ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan bakıldığı zaman, aşağıdaki kaynakları *"içtihad kaynakları"* veya "*görüş ve kanaat kaynakları*" olarak isimlendirebiliriz.[44]

Şimdi bu kaynakları biraz daha yakından görelim:

1. İcmâ

1) Tarifi:

İslâm Hukukunun üçüncü kaynağı ise İcmâ'dır.

İcmâ'ın lügat manası, azm, kasd ve ittifakdır. Istılah olarak ise, İcma'ı, şöyle tarif edebiliriz: *"İcmâ, bir asırdaki İslâm müçtehidlerinin şer'î bir hüküm üzerinde ittifaklarıdır."*

Dikkat edilirse bu tarife göre, icmâ sözkonusu olabilmesi için,

– İçtihadta bulunanların, müçtehit olan müslümanlardan olması,

– İttifaklarının aynı asırda gerçekleşmesi gereklidir.

Burada asır'dan maksat az veya çok uzun bir zaman demektir.[45]

İcma-ı ümmet de iki kısma ayrılıyor. Ya sarih oluyor ya da sükûtî oluyor. Yani ya açıkça icma, yani bir konsensüs sağlandığı görülüyor. Ya da bir İslâm müçtehidinin belirttiği bir görüşe, diğer İslâm müçtehitlerinin itiraz etmemesi, onun aleyhinde herhangi bir beyanda bulunmamaları, yani dolaylı olarak onu kabul ettikleri, manasına geliyor.

---

44 Bkz. Şeltut, 489-490; Nebhan, 312.

45 Bkz. Bilmen, 176-177; Mahmut Esat, 255; Büyük Haydar Efendi, 335, Bedran, 200.

Sarih icma-ı ümmete ait kitaplarda çok misaller vardır. Sükûtî icma-ı ümmete ait ise şu misali verebiliriz: Mesela büyükannenin anne gibi mirastan hisse alması üzerine icma vardır. Büyükannenin torununun mirası üzerinden, şartları var olduğu takdirde, hisse alması hakkında sükûtî bir icma-ı ümmet ortaya çıkmıştır.

Müçtehidler görüşlerini herhangi bir şekilde açıklamış olabilirler: Fetva ve hüküm (Kazâ) vererek açıklanması arasında fark yoktur. Görüşler, ya açıkça ifade edilip başkaları tarafından ileri sürülen görüşü işleyerek belirtilir ki, buna *azimet* denilir; ya da susar, red ve aksine içtihad beyan etmemek suretiyle belirtilir ki, buna da *ruhsat* ismi verilir.

2) Mahiyeti:

İcmâ'ın mâhiyeti hakkında şunlar söylenebilir:

a. İcmâ bir İçtihad faaliyetidir. İslâm âlimleri, hakkında hüküm bulunmayan bir meseleyi halletmek için, fikrî faaliyet göstererek bir çare aramaktadırlar. İnsanların bir çareye olan ihtiyaçları, müçtehitleri böyle bir fikrî faaliyete sevk etmektedir.

İcmâ, Kur'ân ve Sünnette açık veya kapalı bir hüküm bulunamaması halinde, müçtehitlerin yaptıkları İçtihad neticesi ortaya çıkmaktadır.

Eğer bu iki sâbit kaynakta hüküm varsa, içtihad söz konusu olmaz, dolayısıyla icmâ da teşekkül edemez.

b. İcmâ, Hz. Hz. Peygamber (aleyhissalatu vesselâm) devrinde söz konusu olmamıştır. Çünkü, insanlar problemlerini O'na getiriyorlar, O da Kur'ân'a veya kendi çtihadına dayanarak onu hallediyordu. Bu sebeble bir icmâya ihtiyaç kalmıyordu. Hz. Peygamber'den (aleyhissalatu vesselâm) sonra ise, bazı müelliflere göre hiçbir zaman; icmâ vuku bulmamıştır. Zeydan ise, dört halife, özellikle Hz. Ebubekir ve Ömer (radıyallahu anh) zamanında icmânın teşekkül etmiş sayılacağını söylüyor.[46] Bu noktaya biraz aşağıda yine temas edeceğiz.

c. İttifak edeceklerin kimler olacağı konusunda büyük bir görüş ayrılığı yoktur. Ancak bazıları *"müçtehidlerin" ve "Ehl-i Rey'in"* ittifakını ararken, bir kısmı ise, *"Ehlü'l-Hal ve'l-Akd'in"* ittifakını şart koşmaktadırlar. [47]

---

[46] Hallaf, 196; Zeydan, 2992. Aynı görüş, Ebû Zehra, 195; Bilmen, 110.

[47] Bkz. Nebhan, 313, Şeltut, 81; Büyük Haydar Efendi, 335.

Kanaatimce bu nokta, üzerinde durulacak kadar büyük bir fark ve görüş ayrılığı sayılmaz.

d. Âlimlerin çoğu icmanın bir kaynak ve delil olarak kabul edilebileceği görüşündedirler.[48] Görüşlerine delil olarak da Nisâ Sûresi'nin 115. âyetini getiriyorlar:

"*Kim kendisine doğru yol besbelli olduktan sonra Peygambere muhalefet eder, mü'minlerin yolundan başkasına uyup, giderse, onu döndüğü o yolda bırakırız. (Fakat âhirette de) kendisini cehenneme koyarız, O, ne kötü bir yerdir.*" **(Nisâ, 115)** Aynı sûrenin 59 ve 83. âyeti de delil kabul edilmektedir.

Ayrıca bazı hadisler de bu hususta delil olarak ileri sürülmektedir:

"*Ümmetim hata üzerinde birleşmez.*"[49]

"*Ümmetim delâlet üzerinde birleşmez.*"[50]

"*Cemaatten bir karış ayrılanın, boynundan İslâm yuları düşer.*"[51]

Ayrıca aklen de, icma, bir delil olarak kabul edilebilir. Şöyle ki:

Kitap ve Sünnet'te açık bir hüküm bulunmuyor. İslâm müçtehidlerinin ittifakı (icmâ) da bir delil sayılamazsa, İslâm Dininin kıyamete kadar devam etmesi mümkün olmaz. [52]

3) Muhtevası:

İcmânın muhtevası İçtihad faaliyetidir: Bir asırdaki müçtehidlerin, hakkında kesin hüküm bulunmayan bir mes'eledeki İçtihadlarının birleşmesidir. Gayesi, Müslümanların ihtiyaçlarına cevap vermektir.

Eski asırlarda müçtehidlerin azlığı sebebiyle, icmânın vukuu mümkün ise de, daha sonraları hususiyle zamanımızda, müçtehidlerin tam ittifakları kolayca mümkün değildir. Ama imkânsız da değildir.

---

48 Bkz. Bilmen, 179. Aksi görüş sahipleri Nezzam ve bir kısım Şiadır. Bkz. Bilmen, 180; Nebhan, 313 vd.; Ansay, 17. Şeltut, bu konuda çok çeşitli görüşlerin olduğunu belirtmektedir, sh. 81.

49 İbn-ii Mace, *Kitabu'l-Fiten*, 8, *Babu's-Sevadî'l-Azam*, No. 3950.

50 Ebû Dâvûd, *Kitabu'l-Fiten*, *Babu'z-Zikri'l-Fiten ve'l-Melahime* 13; Ebû Dâvûd, *Kitabu's-Sünne*.

51 Buhârî, 92, *Kitabu'l-Fiten*, 25; Müslim 33, *Kitabül'l-İmâre*, 13, Ebû Dâvûd, *Kitabu's-Sünne*.

52 Bkz. Bilmen, 182 vd.

Bu zorluğa dayanarak bazıları,[53] icmânın mümkün olmadığını ileri sürmektedirler.

Kanaatimce, insanlar çoğalmıştır, müçtehidlerin sayısı artmıştır, ama teknolojik gelişmeler sayesinde onların bir araya gelmeleri ve karşılıklı görüşlerinden haberdar olmaları da o nisbette kolaylaşmıştır. Bu sebeble, zorluk kabul edilebilir fakat imkansız olduğu söylenemez.[54] Meselâ âlimler bilgisayar kullanarak internet yoluyla, biribirlerinin görüşlerini kolayca öğrenebiliyorlar.

İcmâ iki çeşit olabilir:

1 – *Sarih (açık) icmâ:* Müçtehitlerin bir mes'eledeki müsbet veya menfî kanatlarını açık olarak ifade etmeleri ve birleşmeleridir.

2- *Sükûtî icmâ:* Bir müçtehid'in bir görüşüne diğer müçtehidlerin karşı çıkmamaları, itiraz etmemeleridir.

Âlimlerin çoğu sükûtî icmâı bir delil kabul etmemişlerdir. Çünkü, bir müçtehidin susması, çeşitli ruhi ve maddî sebeblerden ileri gelebilir. Kaldı ki, susan kimseye bir fikir isnat etmeye de imkân yoktur[55] demektedirler.

4) Fonksiyonu:

İcmâ, insanların ihtiyaçlarını karşılama bakımından büyük bir fonk-

---

53 Nazzam ve bazı Şiiler bu görüştedirler. Bkz. Nebhan, 314; Büyük Haydar Efendi, 337 vd.; İmam Şafi'inin icmânın, ancak bütün Müslüman ülkelerin âlimlerinin ittifakı ile olabileceği, bunun da hemen hemen gerçekleşmediği yolundaki görüşlerinin değerlendirilmesi için bkz. Ebû Zehra, 196-197; Şeltut, 53-84. Büyük Haydar Efendi, 339 vd.; Musa, 375-376; Şeltut da çok şüpheli ifadeler kullanıyor. Bkz. 81. Ayrıca bkz. Bilmen, 183.

54 Aynı görüş: Bilmen, 183. Hallaf, her hükümetin kendi ülkesindeki müçtehitlerin görüşlerini tesbit etmesi halinde, bütün Müslüman müçtehitlerinin fikirlerinin belli olacağına işaret etmektedir: "İşte bu icmâ olur ve üzerinde birleşilen hüküm, şer'i, bütün Müslümanların uyması gerekli bir hüküm olur" (sh. 195-196). Ayrıca bkz. Zeydan, 229; Akşit, 21; İmam el-Sarahsî, aynı görüşü şu şekilde ifade ediyor: "Her asırda fıskını ilân etmeyen, hevâsına tâbi olmayan bütün müçtehid âlimlerin ittifakı icmâdır" (Akşit, 21'den naklen). Aynı görüş: Ebû Zehra, 197-198; Büyük Haydar Efendi, 334 vd.

55 Hallaf şöyle diyor: "Çoğunluğun fikrini râcih (üstün) görüyorum. Çünkü, müçtehitlerden susan olursa, onun susması ruhî ve maddî birtakım şartlar ve durumlar (içinde olmuş demek)dir. Bu şartları ve durumları saymaya ve susmanın, fikre muvafakat edip, ona razı olduğunu kesinlikle ortaya koymağa imkân yoktur. Susan kimsenin fikri yoktur. Ona muvafik-destekleyici) veya muhalif (karşı çıkan) bir söz ve görüş isnad edilmez. İcmâ ismi verilenlerin çoğu sukûtî icmâdır." Ayrıca bkz. Zeydan, 298-299; Ebû Zehra, 201, Bedran, 201.

siyon ifa etmiştir. Üzerinde ittifak edilen mes'eleler, uyulması gerekli kuvvetli bir delil kabul edilmiştir. İslâm âlimleri, âlimlerin hepsinin olmasa bile, çoğunluğun ittifakına büyük değer vermişlerdir:

"Kanunî hükümlerin tanzim ve ıttıradı, bir ferdin ve bir fikrin değil, yüksek bir heyetin nazar-ı dikkat ve tetkikinden geçmesi lâzımdır ki umumi bir emniyeti ve cumhur-u nâsın itimadını kazanmak üzere millete karış bir kefalet-i zımniye husule gelsin ve icmâ-ı millet hüccet edebilsin." [56]

Ancak bu konuda şu ayırımı da yapmak mümkündür:

Zamanın şartlarına bağlı olmayıp, delile dayanan icmaların hükmü devamlıdır. Anne-babaya altıda bir miras vermek veya Müslüman bir kadının Müslüman olmayan bir erkekle evlenmesinin bâtıl olduğu hakkındaki icmâlar gibi.

Zamanın şartlarının ortaya çıkardığı icmâlar ise, farklı zaman ve şartlarda değişebilir, yeni bir icmâ teşekkül edebilir.

Hz. Ömer (radıyallahu anh) zamanında, "**müellefetü'l kulûb**" için zekâtdan sarfiyat yapılmaması husussundaki içtihad gibi. Çünkü o zamanda buna ihtiyaç duyulmuyordu. Ayni şekilde, kocanın bir lâfı ile üç defa talakın (boşanmanın) gerçekleşmiş olduğu yolundaki Hz. Ömer'in (radıyallahu anh) içtihadı ve sahabelerin de ona iltihakı gibi. Bu hususta başka misaller de verilebilir.[57]

3. Kıyas

1) Tarifi:

Kıyasın lügat mânası, takdir, eşitlik, bir şeyi diğer bir şey ile ölçmektir. Istılah olarak ise, *"Kıyas, iki mes'elenin, hükümlerindeki illiyet ayniyeti sebebiyle, haklarında nas bulunmayan mes'eleyi, hakkında nas bulunan diğer mes'elenin şer'i hükmüne ilhak etmektir (eklemektir)."*

Bu tarife göre kıyasın şu unsurları vardır:

1) *Kendisine kıyaslanan (Mekîs aleyhi):* Bu, hakkında nas gelen asıldır. Buna *el-Müşebbeh bih* ve *el-Mahmulaleyh* de denir.

---

56 Nursî, *İşaratü'l-İcaz*, 7.

57 Bkz. Nebhan, 320; Ayrıca bkz. Ebû Zehra, 205-207; Musa, 363 vd.; Bedran, 202.

2) Fer' = *Kıyaslanan (Mekîs):* Bu, asıla ilhak edilmek (eklenmek) istenen fer'dir. Buna "el-Müşebbeh" ve "el-Mahmul" de denir.

3) *Hüküm:* Bu, asıla göre hüküm verilen nasdır.

4) *İllet:* Bu, asılda, üzerinde hüküm bina edilen ve fer'de gerçekleşen şeydir.[58]

Kıyas konusunda birçok kitaplar yazılmıştır. Hatta müstakil tezler bile yapılmıştır. Günümüzde de Medeni hukukun çeşitli dallarında ve konularında kıyas yapılmaktadır. Yargıtay'ın da kıyasla ilgili bir yola zaman zaman başvurduğu görülmüştür.

Kıyas yapılabilmek için bu şartların mevcut olması iktiza eder. Ancak kıyası yapanda da bazı şartların bulunması gereklidir. O da kıyası ancak müçtehidlerin yapacağı hususudur. Yukarıda belirttiğimiz gibi, kıyas, içtihad kaynaklarından biridir. Bu sebeble ancak içtihad yapabilecek şartları kendisinde toplamış bulunan kimseler kıyasda bulunabilirler.[59]

Zamanımızda içtihad kapısı kapanmamıştır.

"*İçtihad kapısı açıktır. Fakat şu zamanda oraya girmeye... mâni vardır: (...) Nasıl ki, kışda, fırtınaların şiddetli olduğu bir vakitte, dar delikler dahi seddedilir, yeni kapıları açma, hiçbir cihetle kâr-ı akıl değil. Hem nasıl ki büyük bir selin hücumunda, tâmir için duvarlarda delikler açmak gark olmağa vesiledir. Öyle de, şu münkerat zamanında ve âdât-ı ecânibin istilâsı anında ve bidaların kesreti vaktinde ve dalâletin tahrîbatı hengamında, içtihad nâmiyle, kasr-ı İslâmiyetten yeni kapılar açıp duvarlarından muhariplerin girmesine vesile olacak delikler açmak, İslâmiyete cinayettir.*[60]

2) Mahiyeti:

Kıyasın mahiyeti hakkında şunlar söylenebilir:

a. Kıyas bir içtihad faaliyetidir, daha doğrusu içtihad yapılırken başvurulan bir metoddur. İslâm âlimleri, bu yol ile hakkında hüküm bulunmayan bir mes'ele hakkında, fikrî bir faaliyet göstererek çare ara-

---

[58] Bkz. Nebhan, 320; Şener, 67, 100 VD.; Hallaf 207; Bilmen, 185-186; Zeydan, 301; Bedran, 2003; Büyük Haydar Efendi, 357 vd. Bilhassa, Ebû Zehra, 222 vd.; Mahmut Esad, 263 vd.; Sava Paşa, 199 vd., 212.

[59] Musa, 393 vd. Ayrıca bkz. Aghnides, 97 vd.

[60] Nursî, *Sözler*, 596-597.

maktadır. İnsanların çareye olan ihtiyaçları, müçtehitleri böyle bir fikrî faaliyete sevketmektedir.

b. Kıyas, Kur'ân ve Sünnet'te açık veya kapalı bir hüküm bulunmaması halinde müçtehidlerin, yaptıkları içtihad neticesi ortaya çıkmaktadır. Eğer bu iki sâbit kaynakta hüküm varsa, İçtihad olmaz, kıyas da söz konusu değildir.

c. Kur'ân ve Sünnete aykırı netice veren kıyas yapılamaz.[61]

Kıyas hakkında aşağıdaki iki misal verilebilir:

Bir hâdise göre "katil mirasçı olamaz" (Asıl, kendisine kıyaslanan). Bu engeldeki illet, katilin bir şeye (mirasa) kavuşmak için vaktinden önce acele etmesidir. Ve bu sebeble ondan mahrum olma cezasına çarptırılmaktadır. Hukukçular buna dayanarak, lehine vasiyet yapan şahsın öldürülmesine kıyas ederek, katilin vasiyetten hakkını almaya engel olacağına hükmetmişlerdir. Çünkü, o bir şeye (mirasa) kavuşmak için vaktinden evvel acele etmekte, vasiyet yapanı (vasiyi) öldürmesi, murisi öldürmesi gibi kabul edilerek, lehine vasiyet edilen maldan mahrum olması gerektiğini söylemektedirler.[62]

İkinci misal: İçkinin haram olduğuna dair Maide sûresinin 90. âyetinde bir hüküm vardır:[63]

"*Ey iman edenler, içki, kumar, (tapmaya mahsus) dikili taşlar, fal okları ancak şeytanın amelinden bir murdardır. Onun için bun(lar)dan kaçının ki murâdınıza eresiniz.***"** **(Maide, 90)**

İçkinin haram olduğuna dair nas, yâni âyet gelmiştir. Bu haramdaki illet, sarhoş etmektir (iskar). Sarhoş eden her şey içkiye (hamr) kıyas edilmekte ve kıyas yoluyla haram kabul edilmektedir.[64]

Kanaatimizce burada kıyasa müracaat edilmesine gerek yoktur: Çünkü, içkinin haram olduğunu yukarıdaki âyet ifade ettiği gibi, bu konuda hadisler de vardır. Hatta bir hadiste Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem) şöyle buyurmuştur:

---

61 Ebû Zehra, 245; Musa, 392; Sava Paşa, 210 vd, Aghnides, 87 vd.

62 Nebhan, 321; Zeydan, 302.

63 Diğer âyetler için bkz. Mâide, 91, Nisa, 43, Bakara, 219.

64 Nebhan, 321.

"*Sarhoş eden her içki haramdır.*"[65]

Sarhoşluk veren her şeyin haram olduğu böylece hadiste, yâni kavlî sünnette sarih (açık) bir şekilde belirtilmiştir. Bu sarahat karşısında artık kıyasa başvurmaya, yani hakkında hüküm bulunmayan ve fakat aynı illeti taşıyan bir içki çeşidinde aynı hükmün tatbik edilebileceğini söylemeye gerek yoktur. Çünkü bir İslâm Hukuk kaidesi şöyledir: "*mevrid-i nasta içtihada mesağ yoktur.*" (Mecelle md. 14).

Sayın Başgil gibi birçok müellif[66] bu konuyu kıyasa misal olarak vermektedirler, ama yukarıdaki sarahat karşısında, kanaatimizce burada kıyasa yer ve gerek yoktur.

Üçüncü misal: Vasiyet mevzuunda şer'i naslar gelmiştir. Bunlar yetimin malları üzerinde murakabe vazifesini ifa eden vasi hakkındaki hükümlerdir. Hukukçular vakıf hakkındaki hükümleri, vasiyet ile vakıf arasındaki benzerlik sebebiyle, vasiyet hakkındaki hükümlere kıyas etmişler ve ölüm hastalığı halinde üçte birinden fazla miktar için vakıf yapılmasını vasiyete kıyasen, ancak mirasçıların muvafakatı ile böyle bir vakfın mümkün olacağına karar vermişlerdir.[67]

– Ceza Hukuku sahasında kıyas yapılamaz.[68]

3) Muhtevası:

Kıyasın muhtevası, İçtihad faaliyetidir. Gayesi, müçtehidlerin, hakkında kesin hüküm bulunmayan bir mes'elede hüküm çıkarmaları, insanların ihtiyaçlarına cevap vermeleridir.

Kıyas konusunda İslâm metodoloji âlimleri çok şeyler yazmışlardır. Bilhassa, kıyasta illet bahisleri ve iletin şartları konusunda pek tafsilât vermişlerdir. Bu konu, bizi ilgilendirmediğinden üzerinde durmuyoruz.[69]

---

65 Bkz. Buhârî, K. Eşribe; Nesaî, K. Eşribe; Ebû Dâvûd, k. Eşribe; Tirmizî, K. Eşribe, Darimî, K. Eşribe. Bu mânaya yakın diğer bir hâdis de şöyledir: "Çoğu sarhoş eden (içki)nin azı da haramdır."

66 Bkz. *Esas Teşkilat Hukuku*, 1. c., *Türkiye Siyasî Rejimi ve Anayasa Prensipleri*, İstanbul 1960, sh. 66. Zeydan, 302; Sava Paşa, 209-210.

67 Nebhan, 321. Diğer misaller için bkz. Bilmen, 188 vd.; Hallaf, 199-200; Akşit, 26.

68 Şener, 112; Ansay, 19; Akşit, 29 ve orada zikredilen kaynaklar. Şâfiîler aksi görüştedir. Bkz. Ebû Zehra, 250, Bedran, 205.

69 Bkz. Bilmen 189 vd.; Nebhan, 424; Hallaf, 208 vd. Bilhassa bkz. Büyük Haydar Efendi, sh. 357 vd. Aghnides, 90 vd.

4) Fonksiyonu:

İslam âlimleri kıyasın bir kaynak ve delil olduğu hakkında Kur'ân ve Sünnetten deliller getirmektedirler:

a- Kur'ân şöyle buyurmaktadır: "*De ki: Bana vahyolunanlar (Kur'ân) arasında, onu yiyecek için, Allah'tan başkası adına kesilmiş bir hayvandan başka, haram edilmiş bir şey bulmuyorum. Yalnız gerek ölü, gerek dökülen kan, gerek domuz eti –ki bu şüphesiz murdardır–.*" (En'am, 145)

Âyette sayılan pis şeyler, selim bünyelerin nefret ettiği diğer pis şeylerin haram kılınması için illet kabul edilmiştir.

"*Çürümüş kemikleri kim diriltecek? 'De ki onları ilk defa yaratan diriltecek.'*" (Yâsîn, 78-79) Burada, haşrin inkârına karşı kıyas ederek delil getirilmiştir. "*… İşte ey akıl ve basiret sahipleri, siz (bundan) ibret alın.*" (Haşir, 2). "*İbret alın*", yani kendinizi, (inanmayan) o kimselere kıyas edin demektir. Yine mesela, içki ve kumarın yasak edilişinin sebepleri şu âyetde belirtilmiştir: *"Şeytan içki ve kumar yüzünden aranıza düşmanlık ve kin sokmak, sizi Allahı anmak ve namaz kılmaktan alıkoymak ister. Artık vazgeçtiniz değil mi?"* (Mâide, 91)[70]

Sünnet'den delil:

Hz. Peygamber'in (aleyhissalatu vesselâm), Muaz b. Cebel ile konuşması bu konuda çok meşhurdur. Hz. Muaz'ı Yemen'e göndermek istediği zaman, ona "*Sana bir ihtilâf sunulduğu zaman nasıl hareket edersin*" diye sordu. O da, "*Allahın kitabı ile, onda bir hüküm bulamazsam, Allahın elçisinin sünneti ile, ondan da bir şey bulamazsam, fikrime göre karar veririm.*" Peygamber Efendimiz, bu cevaptan çok memnun olmuştur. Burada fikirden maksat, İçtihadtır. İçtihadın içine kıyas da dahildir.

İkinci misal: Bir adam, eşinin doğurduğu siyah çocuğu inkâr eder. Peygamberimiz ona sorar: *"Senin develerin var mıdır?"* Adam "evet" der. *"Renkleri nedir?"*, *"Kırmızı"*. Hz. Peygamber: "İçlerinde boz renkli yok mudur?" "Evet var." Peygamber Efendimiz: *"Nereden (bu boz renkliler)"?* Adam: *"Belki bir damardan gelmiştir"*. Bunun üzerine Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem): *"Bu da belki bir damardan"* demiştir.[71]

---

[70] Ayrıca bkz. Bakara, 179; Ahzab, 37; Haşr, 7; Nisâ, 59, 160.

[71] Birinci hâdis için bkz. *Müsned*, 15/208; Tirmizî, 6/69; Ebû Dâvûd, K. Akziye, 11. İkinci hâdis: Müslim, 10/134.

Hadisten bir başka delil: Bir câriye, babasının hac yapamadan öldüğünü, onun için kendisinin haç yapıp yapamayacağını sormuştur.

Hz. Peygamber ona şöyle cevap vermiştir:

"– Babanın bir borcu olsa ve sen onu ödesen, bunun ona faidesi olacağına inanıyor musun?

Cariye:

"– *Evet'* dedi.

Bu defa Hz. Peygamber (aleyhissalatu vesselâm),

"– *Allah'ın borcu ödenmeye daha layıktır"* buyurmuştur.[72]

Bunun dışında kıyasın sahabelerin söz ve fiilleri, yani icmâ ile ve aklen de gerekli ve tabii bir faaliyet olduğu belirtilmektedir.[73] Bazı hukukçulara göre kıyas bir kaynaktan ziyade bir metottur. Yani müçtehidin içtihad yaparken başvurduğu bir yoldur.[74]

3. İstihsan

1) Tarifi:

İstihsan, lügat mânası olarak, bir şeyi güzel saymak, kabul etmektir. İstilah olarak ise, istihsanı şöyle tarif edebiliriz: *"İstihsan, müçtehidin bir hükümden, görüşüne göre dönmeyi gerektirecek daha kuvvetli bir ciheti sebebiyle, diğer bir hükme dönmesidir veya müçtehidin, açık kıyasın gereğinden, kapalı kıyasın gereğine dönmeye gerektiren daha kuvvetli bir sebep için dönmesidir."*[75]

---

72 Buhârî, 2/141, 218.

73 Bu konunu tafsilâtı için bkz. Bilmen, 191 vd.; Nebhan, 324; Hallaf, 205; Akşit, 26-28. Ayrıca – kıyasa karşı olan Nezzam ve Şia'nın görüşlerinin tahlili tenkidi için bkz. Musa, 384 vd. İmam Şafi'inin kıyası müdafaa eden görüşü için de bkz. *Aynı yer*, 387 vd.; Zeydan, 302; Mahmut Esad, 265; Büyük Haydar Efendi, 353 vd.; Bedran, 203-204; Sunar, 68.

74 "Bu suretle kıyas ile sabit olan hüküm, gerçekte bu üç delilden biri ile sabit olmuş demek olacaktır. Yani kıyas bir hükmü isbat etmeyip üç delilden biri ile sâbit olan hükmü meydana koyar. Bu sebeble İslâm âlimlerinin bazısı İslâm Hukukunun kaynaklarını üçe hasrederek kıyası bunların fer'i saymışlardır." Mahmud Esad, *Usul-ü Fıkh*, İstanbul, 1302, 15; Bergstraesser, 14; Şener, 113 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Sava Paşa, 214 vd.
Kıyasa karşı olanlar ise Kur'ân'dan bir âyet gösteriyorlar: Nahl, 89. âyeti ise şöyledir: "Her şeyi açıklasın diye biz sana kitap gönderdik." Aghnides bu konuyu geniş şekilde anlatıyor, sh. 89 vd.

75 Bkz. Nebhan, 332. Diğer tarifleri için bkz. Ebû Zehra, 253, Hallaf, 227; Sunar, 68; Musa, 403 vd.; Bedran, 206, Şener, 117, Aghnides, 105 vd.

2) Mahiyeti:

İstihsana *"gizli kıyas"* ismi de verilir. İstihsan ile kıyas arasındaki fark şuradadır:

Kıyas, hakkında nas bulunmayan bir mes'elenin, ona benzeyen bir hükme eklenmesi esasına dayanır. Bu özelliği ile, istihsan bir içtihad faaliyetidir. Bu sebeple yukarıda kıyas hakkında söylediklerimiz burada da söz konusu olacaktır.

Yalnız şu kadarını söyleyelim ki, istihsanda, müçtehid kıyas kaidelerini kullanmaktan vazgeçmekte ve menfaati gerçekleştirmek ve küllî kıyas karşısında cüz'î menfaati gözetmek için, diğer bir içtihadın gereği ile amel etmektedir.[76]

Misaller vererek istihsanın çeşitlerinden bahsedersek, mahiyeti daha iyi anlaşılmış olur.

İstihsan ikiye ayrılır:

a. İstihsanü'l-Kıyasî

Bu, müctehidin, maslahatın (menfaatin) gerektirdiği gizli kıyasa dayanarak, kıyas kaidelerinin gerekleri ile amel etmekten, diğer bir hükme dönmesidir.[77]

"Buna misal: Bir satıcı ziraî toprağı satınca, bu satışa su kanalı tesis, içme ve geçme hakkı dahil değildir. Vakıf, benzer olmaları sebebiyle, mülkiyetin naklinde, satım akdine kıyas edilir. Ancak Hanefî âlimleri bu kıyası terk etmişler ve geçme, içme ve su kanalı tesis hakkını vakfedilen mala, istihsanen bağlı kabul etmişlerdir. Böylece kıyasa karşı çıkmışlardır. Bu konudaki görüşleri şudur: Vakfedilen ziraî bir araziden istifade (intifa), ancak, içme, geçme ve su kanalı tesis ile mümkündür. Böylece bu haklar, satış olmadan yapılan vakfa, araziden istifade ancak bu haklarını kullanılması ile mümkün olacağından, bunların zikredilmesine hacet olmaksızın, dahildir.

Bu misalde, vakfa açık kıyasın tatbik edilmesi, vakfedilen araziden istifadeyi

---

76 Bkz. Ebû Zehra, 254; Nebhan, 332; Hallaf, 227; Bedran, 206; Şener, 128-130, Aghnides, 106.

77 Nebhan, 332.

sağlamadığını (gerçekleştiremediğini) söyleyebiliriz. Bu sebeble bu kıyastan, diğer bir kıyas olan gizli kıyasa dönmüşlerdir.”[78]

b. İstihsanü’z-Zarure

Bu, zorluğu ortadan kaldırmak ve bir ihtiyacı gidermek için zaruret veya maslahat sebebiyle kıyasın hükmüne muhalefettir. Bu durum, genel kıyas kaidelerinin tatbikinin zorluk ve meşakkate sebeb olduğu zaman sözkonusu olur. Buna misal, vedia veya emanet verilebilir. Emanet edilen, vediayı alanın (veya emanet edilen kimsenin) elinde ve fakat kusuru olmadan telef olursa, tazminle mükellef değildir. Bunun gibi, kiracı, âriyet alan ve işçi aynı durumdadır. Ancak hukukçular özel işçi (**ecîr-i has**) ile diğer normal (ortak) işçi (**ecîr-i müşterek**) arasında ayırım yapmışlar. Boyacı, fırıncı gibi, muayyen bir zanaatda emeğini satan herkes, “ecir-i müşterek” kabul edilmiştir ve bu sebeple, elinde bulundurduğu şeyin telef olması halinde, istihsanen telefi tazmin ile mükelleftir demişlerdir; ta ki, o kişi, yani ecr-i müşterek işini ihmal etmesin, dikkatsiz davranmasın. Çünkü, böyle bir davranış eşyanın telef olması neticesini doğurur. Ama şâyet telef, yangın ve diğer benzeri gibi kaçınılması mümkün olmayan bir sebeble olursa, tazminle mükellef değildir. Bu netice Mecelle’nin 611. maddesinde şöyle yer almıştır:

“Ecîr-i müşterekin gerek teaddisi ya taksiri olsun ve gerek olmasın kendisinin fiil ve sun’undan tevellüd eden zarar ve hasârı zamin olur.”

Bu duruma göre, istihsan kıyasa takaddüm eder (ondan önce gelir). Çünkü zarurî maslahatlar, genel kıyas kaidelerine aykırı davranmayı gerektirmektedir.[79]

Prof. Mustafa ez-Zerka, “*el-Medhal’ül-Fıkhîyyu’l-Âm*” adlı kitabında şöyle diyor:

“Bunun hakkında hukukçular diyorlar ki, bir mes’elede hüküm zikredilmemişse kıyas, aksi halde istihsan tatbik edilir. İstihsan’ın hükmü daima tatbik edilmesi gereken hükümdür. Çünkü, gerçekten istihsan, bazı

---

78 Nebhan, 333, Hallaf, 228. Diğer misaller için bkz. Ebû Zehra, 256.

79 Bkz. Ebû Zehra, 258; Nebhan, 333; Musa, 401-402. Bazı müellifler diğer kıyas çeşitlerinden daha bahsetmektedirler. Bunlar daha çok bir kısım mezheb imamlarının yaptıkları ayırım, ya da tatbik ettikleri metod sebebiyle ortaya çıkmış ve sözkonusu olmuştur: “*İstihsanu’s-Sünne*” ve “*Istihsanü’l-İcma*” gibi (bkz. Ebû Zehra, 257-258.

hallerde hükümlerin problem husule getirdiği zaman kıyasa terettüp eden şeyin ilâcıdır."[80]

İstihsanın bir kaynak veya başvurulacak muteber bir usul olup olmadığı konusuna gelince:

İmam Şâfiî, istihsanı kabul etmemektedir. Ona göre, "*İstihsan yapan şeriat koymuş olur.*" Yani kendisi için, Allah'ın hükmünü nazara almadan, hüküm koymuş olur. Şâfiî, istihsanı delilsiz, bir çeşit hevadan söylenmiş söz kabul etmiştir.[81]

İmam Ebu Hanife ise kabul etmektedir. Keza diğer âlimler ve mezhep imamları da istihsanı bir kaynak ve usul olarak kabul etmektedirler.[82]

Genellikle hâkim olan kanaat, istihsanı kabul etmek, kıyas kaidelerinden dönmek ve âmme menfaatine yönelmektir.[83]

3) Muhtevası:

İstihsan bir içtihad faaliyetidir. Yukarıda kıyasın muhtevası hakkında söylediklerimiz, burada da sözkonusu olduğundan tekrar etmiyoruz.

4) Fonksiyonu:

İstihsanın bir İslâm Hukuk kaynağı olduğu genellikle kabul edilmektedir. İstihsanın bir kaynak değil bir usul ve metod olduğunu ileri sürenler vardır ve bu, kolayca reddedilen bir görüş değildir.

4. İstislah (Mesâlih-i Mürsele): Âmme Menfaati

1) Tarifi:

Mesalih-i mürsele, yahut âmme menfaati, hakkında kanun koyucunun, ne tey'id edici ve ne de ilga edici bir delil koyduğu her menfaattir.

80 Nebhan, 333. Bu konuda mezheplerin tutumu için bkz. Şener, 122 vd.

81 Şener, 131; Nebhan, 332, 334, Sunar, 68. Ayrıc abkz. Ebû Zehra, 260 ve Musa, 415 vd. da İmam Şafiî'nin istihsan aleyhindeki delilleri sıralanmaktadır. Bazı müelliflere göre, Şâfii, isim zikretmemekle beraber, bu usulü kullanmıştr (Bedran, 208).

82 Bkz. Ebû Zehra, 259-260; Nebhan, 334; Sunar, 678; Serahsî şöyle diyor: "İstihsan, kolaylık için güçlüğü bırakmaktır ve İslâm Dininde asl olan da budur" (Sunar, 68'den naklen); Bedran, 207.

83 Bkz. Nebhan, 334; Hallaf, 230, Aghnides, 108 vd.

Şayet bu menfaati tey'id eden nass gelirse, bu nas sayesinde sâbit bir hüküm haline gelir.[84]

Mahiyetini izah ederek bu tarifi dahi iyi anlatmış oluruz.

2) Mahiyeti:

İslâm Hukukçularına göre kanun koyucunun nazarında üç türlü menfaat söz konusu olabilir:

1- Kanun koyucunun *muteber bir menfaat* olarak kabul ettiği menfaat. İnsanın kendisini muhafaza etmesi ve insanlardan zorlukları gidermek gibi. Bu konuda şer'i naslar gelmiştir.

2- *İlga edilmiş menfaatler*: Yani insanların menfaati vardır, ama kanun koyucu onu kabul etmemiştir, ilga etmiştir. Faiz gibi. Mirastan kadınların erkeklerle eşit hisse almaları gibi. Bu hususta gelen naslar, bu menfaatleri muteber kabul etmemiş, ilga etmiştir.

3- Ne te'yid eden, ne de ilga eden bir nas gelmiştir, ama ortada bir menfaat vardır: "*Karı-koca arasında yapılan evlenme akdinin isbatı ve ikisinden birinin bu akdi inkâra kalkışmaması için şer'i mahkemeye tescil edilmesi gibi*". [85]

Veya, meselâ sahabelerin, hapishane yapmaları, fethettikleri bölgelerdeki toprakları eski sahiplerinin ellerinde bırakmaları ve fakat onlardan haraç almaları veya para basmakta menfaat görmeleri gibi, çünkü bütün bu konularda müslümanların menfaati olduğu kabul edilmiştir. [86]

İşte bu üçüncü grupta yer alan menfaatler, burada sözkonusu olan mesâlih-i mürsele, yani âmme menfaatidir.

Acaba istihsan ile istislah arasında ne gibi bir fark vardır? Hanefî âlimleri, istislahı, istihsan-ı kıyasî kısmına dahil kabul etmektedirler. Ama yine arada ince bir fark vardır. Şöyle ki:

Bir mes'elede istihsan yapılıyorsa, genel menfaati korumak için kıyas

---

[84] Nebhan, 335; Şener, 137; Hallaf, 231.

[85] Nebhan, 335. Bazı müellifler insanların menfaatini koruma açısından ayırım yapmaktadırlar. Canı korumak, aklı korumak, nesli korumak, malı korumak, dinî korumak. Burada korunan her husus bir menfaattir. (Bkz. Ebû Zehra, 267-268). Ayrıca bkz. Hallaf, 231-232; Bilmen, 214 vd.

[86] Hallaf, 231. Diğer misaller için bkz. Ebû Zehra, 270; Şener, 151 vd.

kaidelerinin gereklerine muhalefet vardır: İşçinin eli altındakilerin telefini, kıyas kaideleri gereği tanzim etmek mecburiyetinde olmamasına rağmen, müşterek işçilerin, ellerinde bulunan insanların mallarını tazmin etmeğe mecbur olmaları gibi.

İstislah ise, kıyasa aykırı davranmayı şart koşmaz. Çünkü, mücerret menfaate dayanır.

"O halde istihsan, kıyas kaidelerine aykırı bir davranış iken, istislah, kıyas kaidelerine aykırı kabul edilmez, o, yeni bir kaynaktır."[87]

2) Mâhiyeti:

Yukarıdaki tarifi böylece biraz açtıktan sonra, şimdi de istislahın mahiyeti hakkında İslâm hukukçularının görüşlerine kısaca temas edelim:

Her şeyden evvel belirtelim ki, ibadete taalluk eden işlerde kıyas olmadığı için, istislah da câiz değildir. Bu konuda İslâm hukukçuları müttefiktir.

Muamelâtda ise, iki grup görüş farkı sözkonusu olmaktadır:

İmam Şâfiî, mesalih-i mürseleyi kabul etmenin caiz olmadığını belirtmektedir. Heva ve heveslerine tâbi olanların önüne, yeni bir tahakküm sahası açmamak için, istislaha da karşıdır. Bu hususa yukarıda temas etmiştik. İmam Gazali de istislaha karşıdır. [88]

Buna karşılık Ebû Hanife istislahı kabul etmektedir. Aynı şekilde İmam Mâlik ve İmam Ahmed de istislahı kabul ve tatbik etmişlerdir. [89]

Mesâlih-i mürselenin bir delil veya kaynak olabilmesi için İmam Mâlik üç şart ileri sürmektedir:

a) Kendi başına bir delil olan maslahat ile Şâri'in maksadı arasında bir uygunluk olmalıdır; o, şer'i bir delile aykırı düşmemelidir; hakkında bir delil bulunmasa dahi cinsi itibariyle İslâm'ın gözettiği maslahatlarla bağdaşmalıdır.

b) Maslahat akla yatkın olmalı ve akıl erbabına sunulduğu zaman kabul edilebilecek nitelikleri taşımalıdır.

c) Maslahata göre verilen hüküm, zarurî bir güçlüğü kaldırmalıdır.

---

[87] Nebhan, 335; Aghnides, 112-3.
[88] Nebhan, 336. Ayrıca bkz. Hallaf, 232.
[89] Nebhan, 336; Bedran, 209; Aghnides, 113.

Öyle ki maslahat ile hüküm verilmeyecek olursa, insanlar sıkıntı ve güçlük içinde kalmalıdırlar. Nitekim Kur'ân'da da "Allah sizin için dinde bir güçlük kılmadı." (Hac, 22/78) *buyurulmuştur.*[90]

Mesalih-i Mürseleye başvurmak için bazı şartlar gereklidir. Bu şartlar şunlardır:[91]

1- Maslahat (menfaat) hakikî, gerçek olmalıdır.

2- Maslahat umumî olmalı; şahsî olmamalıdır.

3- Maslahat, nas ile sâbit bir hükme veya icmâa aykırı olmamalıdır (Kız çocukların miras hissesinde, erkek kardeşleri ile eşit hisse almalarındaki menfaat gibi).[92]

3) Muhtevası:

İstislah, bir içtihaddır, bir görüştür. İçtihad ile, hakkında hüküm bulunmayan ve insanların ihtiyacı olan bir konuda çare aranıyordu. Burada da insanların (Müslümanların) menfaati sözkonusudur ve ona uygun hareket edilmektedir.

4) Fonksiyonu:

İstislah, içtihadın, oynadığı rolü oynar; istislahın, bir kaynak olduğu genellikle kabul edilmektedir. İslâm tarihi boyunca, istislaha başvurulduğu görülmüştür. Dört Halife ve diğer Sahabe, mesâlih-i mürsele ile hüküm verdikleri gibi mezheb imamları da ona dayanmışlardır.[93] Bunların misallerini yukarıda zikrettik.

5. Örf:

1) Tarifi:

Lügat mânasında örf, irfan ve mârifet demektir. İstilah olarak ise örf, insanlardan veya topluluklardan tekrar tekrar sâdır olan davranışlardır.[94]

---

[90] Ebû Zehra, 269; Bedran, 210. Bu konuda etraflı bilgi için bkz. Şener, 144 vd.

[91] Hallaf, 233-234; Nebhan, 337.

[92] Hallaf, 234; Nebhan, 337; Ebû Zehra, 271. Ayrıca bkz. Sunar, 69; Aghnides, 113.

[93] Bkz. Ebû Zehra, 269-270; Bedran, 210.

[94] Bkz. Bilmen, 212; Bedran, 211-212.

2) Mahiyeti:

Örf, bir topluluktaki söz veya fiil halinde tekrar edilen ve tekrar edilmek sûretiyle, kabul edilmiş bir âdettir." Bu sebeble örfü *"lâfzî örf"* ve *"fiili örf"* olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.

Örf, müsbet bir davranış olduğu gibi, menfî, yani terk edilen bir hareket de olabilir.

Diğer taraftan, örfün yayılma ve tatbik edilme derecesine göre *"genel örf"* ve *"özel örf"* diye ikiye ayrıldığı da bilinmektedir.[95]

Genel örfe şu misal verilebilir: *"Acaba zannî olan âmm'ı tahsis eden ve kıyas'ın terk edilmesine yol açan örf-i âmm (genel örf) nedir? Fakihlerin istisna akdini şöyle izah ettiklerini görüyoruz: "Kıyas'a göre bu akid caiz olmaz. Fakat sahabeler, tâbiîler, ve her çağda binlerce bilginlerce bir itiraza uğramadan kabul edilen teamül karşısında, biz kıyası terk ettik. İşte kıyas'ı terk etmeye sebeb olan hüccet budur."*

Özel örf; bu da, herhangi bir ülke veya zümreye hâkim olan örftür. Tüccar ve çiftçilerin örfü gibi. Böyle bir örf, nass'a karşı duramaz; fakat illeti kat'î bir nass veya açıklık bakımından buna benzer bir şeyle sâbit olmayan kıyas'a karşı tercih edilir.[96]

3) Muhtevası:

Örfün muhtevası, insanların, bir ihtiyaçları için, doğru kabul ettikleri bir söz veya fiildir. İnsanlar, kendi doğru kabul ettikleri bu davranışa uyulması gerekli olduğuna inanarak devamlı tatbik suretiyle davranışı bir kaide haline getirmişlerdir.

Hz. Peygamber (aleyhissalatu vesselâm) bir hadislerinde şöyle buyurmuşlardır: *"Müslümanların güzel gördüğü şey, Allah katında da güzeldir."*[97]

4) Fonksiyonu:

Örf, İslâm Hukukunda büyük rol oynamıştır. Örfün insanlar arasındaki tesiri ve tatbikatı, hukukçuları, bu konuda düşünmeğe ve bazı kaide-

---

95 Bkz. Ebû Zehra, 264265; Bilmen, 212-213; Hallaf, 237; Nebhan, 340; Bedran, 212.
96 Bkz. Ebû Zehra, 264; Bilmen, 212; Bedran, 212.
97 *Müsned*, 1/379.

lere bağlanmaya sevk ve mecbur etmiştir. Nitekim Mecelle'de şu kaideler yer almıştır.

"Örf ile tayin, nas ile tayin gibidir." (md. 45)

"Örfen ma'ruf olan şey şart kılınmış gibidir." (md. 43)

"Âdet muhakkemdir." (md. 36)

"Nâsın istimali bir hüccettir ki anında amel vâcib olur." (md. 37)

"Âdeten mümteni' olan şey hakikaten mümteni' gibidir." (md. 38)

"Beynettüccar mâruf olan şey beyinlerinde meşrut gibidir." (md. 44)

Ancak, örfün İslâm Hukukunda bu fonksiyonunu oynayabilmesi için, bazı şartların tahakkuku gerekir. Bu şartlar yukarıda, örfün tarifinde belirttiğimiz ve bir davranışın veya sözün örf olarak kabulü için gerekli şartlar dışındadır.

Bu şartlar şunlardır:

1- Örf, devamlı tatbik edilmelidir (ıttırad kaidesi) (esas),

2- Örf, muamelelerin yapılmasında uygulanmak istenmelidir.

Bu iki şart Mecelle'de şu şekilde yer almıştır:

"Âdet ancak muttarid yahut gâlib oldukta muteber olur." (md. 41)

"İ'tibar, gâlib-i şâyia olup nâdire değildir." (md. 42)

3- Örf aksini açıklamaya engel olmamalıdır. Meselâ, âkit taraflar aksini kararlaştırmışlarsa, örfün tatbiki câiz olmaz.

4- Örf, sâbit nas ve şeriattaki katî bir esasa aykırı olmamalı ve onu ortadan kaldırmamalıdır. Aksi halde "fâsid örf" ismini alır ki, muteber değildir.[98]

İslâm Dininden evvel Araplar arasında tatbik edilen bazı örfler vardı. "Cahiliyye devri âdetleri" ismi verilen bu davranışları İslâm kaldırmıştır. Cahiliyye devrinde kabul edilen bir âdet olan evlât edinme, borçluyu köleleştirme ve şigar nikâhı (bir kimsenin kızını diğerine vrerek, diğerinden de karşılığında kızını alarak aralarında mehir de olmaksızın nikâhlanması) gibi. Bütün bu hususlar İslâm'dan önce mevcut idi, daha sonra bunları ilga eden naslar gelmiştir."[99]

---

98 Bkz. Nebhan, 340-341; Ebû Zehra, 263; Hallaf, 237; Bedran, 213-214.

99 Nebhan, 341. Ayrıca bkz. Sunar, 71.

Örfün İslâm Hukukuna girmesi şu yollarla olmuştur:

1- Bazı hadisler örflere göre hüküm ihtiva etmiş, örflerin üzerine kurulmuştur: Buğday ve arpanın tartılabilen (Mekilât) şeylerden kabul edilmesi gibi. Ayrıca diyet, kasame konusunda da hadisler, örfleri kabul eder istikamette hükümler getirmişlerdir.

2- Peygamber Efendimiz.(sallallahu aleyhi ve sellem) birçok Arab örfünü kabul etmiş veya reddetmemiş, böylece bunlar *"takrirî sünnet"* yoluyla, İslâmî hükümlerin bir parçası olmuştur.

3- İmam Mâlik, açık nas bulunmayan mes'elelerde Medinelilerin örf ve âdet şeklindeki tatbikatını *"icmâ"* olarak kabul etmiştir. [100]

Bu konuda aşağıdaki ifadelere dikkat edilmelidir:

"Fıkhî meseleler, ya sarih nass'lara dayanır, ki bunlar birinci bölümü teşkil ederler; ya da re'y ve içtihad ile sâbit olurlar. Bu bölüme giren fıkhî meselelerin çoğunu müçtehid, kendi çağının örfüne binâ etmiştir ki o, bu günkü örfün hâkim olduğu devirde bulunsaydı, öncekine uymayan yeni bir görüşe sahib olurdu. Bunun içindir ki bilginler, insanların âdetlerini bilmeyi içtihadın şartları arasında saymışlardır. Zamanın değişmesiyle birçok hüküm de değişmektedir. Eğer bu hükümler, ilk şekilleri gibi kalacak olurlarsa, hem halka güçlük ve zarar verirler; hem de kolaylık sağlama ve dünya nizamının en güzel şekilde devam etmesi için zarar ve fesadı önleme esasına dayanan şeriat kurallarına aykırı düşerler. Bunun içindir ki mezheb bilginleri, müçtehidin kendi zamanına göre açıkladığı bir kısım hükümlere muhalefet etmişlerdir; çünkü onlar biliyorlardı ki müçtehid, bunların çağında olsaydı, mezhebin kurallarına uyarak, kendileri gibi düşünürlerdi."[101]

Şayet nas geldiği sırada bir örf tatbik ediliyorsa ve nas ile çatışıyorsa, o örf mülga sayılır; ama nassa uygunsa devam eder. Nas geldikten sonra bir örf ortaya çıkmışsa, örf genel veya özel olsun, nassın önüne geçemez, yani o örf nazara alınmaz.[102]

– Örf ile İçtihad çatışırsa, örf, tercih edilir. Örf, insanların ihtiyaçlarını karşılayan ve devamlı tatbik ettikleri bir fiil veya menfî bir harekettir, ya

---

[100] Bkz. Bedran, 215.
[101] Ebû Zehra, 264, 266.
[102] Nebhan, 341.

da sözdür. Aynı şekilde örf, kıyas ve istislaha da tekaddüm eder (ondan önce gelir).[103]

6. Zerayi' (veya Sedd-i Zerayi'):

"Vesileler" mânasına gelen zerai'i şöyle tarif edebiliriz: "Zerai, haram veya helâle vasıta olan şeylerdir. Harama vesile olan şey haram, helâlle vasıta olan helâl, vâcib için zarurî olan şey vâcib olur. Meselâ "Zina haramdır; zinaya vasıta teşkil eden kadının mahrem yerine bakmak da haramdır. Cuma namazı farzdır; bu namazı kılmak için alış verişi bırakmak da farzdır. Hacca gitmek farzdır; gücü yeten kimse için bu uğurda gayret sarfetmek de farzdır."[104]

Bu kaynak veya delil Hanbelî ve Mâlikî usûl-i fıkıh kitaplarında yer almıştır. Hanefîler ve Şâfiîler bunun muhtevasını kısmen birlikte, kısmen de farklı bir şekilde kabul etmişlerdir.[105]

Zerai'nin hüküm çıkarmada uygun bir yol olduğuna dair Sünnet'den şu misaller getirilmiştir:

– Hz. Peygamber (aleyhissalatu vesselâm) faize yol açar veya faiz yerine geçer diye borçlunun alacaklıya hediye vermesini yasaklamıştır.

– Savaş sırasında hırsızlık yapanların ellerinin kesilmesi yasaklanmıştır; yani bazılarının düşman tarafına geçmelerine sebep olabilir diye ordu kumandanının bu cezaları infaz etmesi menedilmiştir.

– Sahabeler, ölüm döşeğinde iken kocası tarafından boşanmış bir kadının kocasından miras alacağını kabul etmişlerdir. Bunun sebebi, mirasdan mahrum etmek kasdıyla karı boşamak gibi bir yola başvurulmasını önlemektir.

İslâm hukukçuları zera'i seddetmek (seddü'z-zerai'), kötülüğe vasıta olan yolları kapatmak vâcib olduğu gibi, zerai'i fethetmek (fethu'z-zerai'), yani iyiliğe vasıta olan yolları açmak) vâcib olduğunu belirtmişlerdir. [106]

[103] Nebhan, 342; Bedran, 216. Ayrıca Bkz. Aghnides, 116-7.
[104] Ebû Zehra, 276.
[105] Bkz. Ebû Zehra, 276.
[106] Bkz. Ebû Zehra, 278.

Yukarıda dediğimiz gibi, İmam Mâlik ve İmam Ahmed, bu usulü çok kullanmışlardır. Ebû Hanife ve Şâfiî ise daha az kullanmışlardır; fakat onu, tamamen reddetmemekle birlikte, kendi başına bir delil olarak da kabul etmemişler; belki kıyas ve yalnız örf bakımından Şâfiî'nin anlayışına uymayan Hanefîlerdeki istihsan gibi sâbit asıllara dahil saymışlardır."[107]

"*Sonuç olarak diyebiliriz ki mükellef, zerai' ile amel ederken bir işi yapmanın zararları ile onu terk etmenin zararlarını bilecek ve hangisi fazla ise ona göre tercihte bulunacaktır. Allah, elbette islah ve ifsad edeni pek iyi bilir.*"[108]

7. İstishab

Lügat mânasında istishab, bir kimsenin diğer kimseyi kendisine sohbet arkadaşı yapması demektir. İstilah olarak ise, "*İstishab, bir nesnenin daha önce bulunduğu durum değişmedikçe, durumun olduğu gibi bâki kalmasına hükmetmektir. Yahut geçmişte sâbit olan bir hükmü, değiştiğine delil olmadıkça, halde bâkî kılmaktır.*"[109]

Meselâ *"eşyada aslolan mübah olmaktır":* o şeyin haram olması veya yasak sayılması için bir kaidenin (nassın) bulunması aranır.

Veya, kim canlı bir insan tanırsa, onun diri olduğuna hükmeder. Ölümüne delil bulunana kadar onun davranışlarını bu hayat üzerine dayandırır.[110]

Hanefîler ve Mâlikilere göre, istishab, isbat eden (müsbet) bir delil değil, defeden bir delildir. Onlara göre istihaba dayanan, değişiklik iddiasına karşı itiraz eden şahsa benzer.[111]

"Şâfiî ve Hanbelîler ise isbat edici itiraz kabul etmez, muarız bir delil kabul etmişlerdir."[112]

---

[107] Ebû Zehra, 281.
[108] Ebû Zehra, 283.
[109] Hallaf, 241. Ayrıca bkz. Bilmen, 210; Ebû Zehra, 284 ve orada zikredilen tarifler. Aghnides, 113-4. Sunar'a göre, İstishâb, Fıkıhdaki "Şek ile yakîn zail olmaz" (*Mecelle*, md. 4) kaidesidir (sh. 70).
[110] Hallaf, 242; Ebû Zehra, 284; Bilmen, 210.
[111] Hallaf, 242-243; Ebû Zehra, 288.
[112] Ebû Zehra, 288. Bu konuda ayrıca bkz. Ebû Zehra, 289 vd. Aghnides İstishabi İmam Şâfiî'nin ortaya attığını kaydediyor, sh. 113.

İstishab dört kısma ayrılır:

1- **Beraet-i asliye istishabı**:[113] İbn-i Kayyım, buna "beraet-i adem-i asliye istishabı" adını verir. Meselâ; bir delil bulunmadıkça kişinin şer'i tekliflerden berî oluşu (beraet-i zimmet) asıldır. Kişi küçükse, erginlik çağına ulaşınca, bilmiyorsa öğrenince, dâr-ı harb'te ise, dar-ı İslâm'a dönünce, teklife muhatap olur. Karı-koca arasındaki haklar, ancak evlenme akdinden sonra doğmuş olur.

2- **Varlığına akıl veya şer'in delâlet ettiği şey istishabı**: Birisinden borç almış bir kimsenin zimmetinin onunla meşgul oluşu böyle bir istishab ile sâbittir. O kimse, borcunu ödediğini veya alacaklı tarafından ibrâ edildiğini bir delil ile ortaya koymadıkça, borçlu demektir.

3- **Hüküm istishabı**: Bir konuda yasaklayıcı veya mübah kılıcı bir hüküm varsa, ibahati (helâl olmayı) tahrime (haram olmaya) veya tahrimi ibahata çeviren bir delil ortaya çıkıncaya kadar o hüküm aynen devam eder. İnsan organları hariç bütün eşyada asıl olan ibahattir. Bu ibahat, "*Yeryüzünde ne varsa hepsini sizin için yaratan O'dur. Ve O, göklerde olanlarla yerdekilerin hepsini sizin emrinize vermiştir.*" (Câsiye, 45/13) âyetleriyle sâbit olmuştur.

4- **Vasıf istishabı**: Meselâ; mefkud (gaib) olan kimsenin hayatı, aksi sâbit oluncaya kadar devam eder. Kefalet sıfatı, borcu kefil veya asîl ödeyinceye dek veya alacaklı onu kefaletten ibrâ edinceye kadar devam eder.[114]

8. Önceki Şeriatler - Şer'u Men Kablenâ

Müslümanlardan önce yaşayan kavimlerin kanunları da bir delil ve kaynak olarak zikredilmektedir. Bakara Sûresinin 183. âyetinde şöyle denilmektedir:

"*Ey iman edenler sizden evvelki (ümmetlere yazıldığı gibi) sizin üzerinize de oruç borç yazıldı (farz edildi). Tâ ki korunasınız.*"

Ayrıca Şûra Sûresinin 13-15. âyetleri de şöyledir:

"*O, 'Dini doğru tutun, onda tefrikaya düşmeyin' diye (asl-ı) dinden*

---

113 Bazıları Beraet-i Asliyye'yi ayrı bir kaynak olarak zikretmektedir (bkz. Sunar, 66). Ama istishab esasından çıkmış ve onun içindeki bir kaide olduğu kabul edilebilir (Bkz. *Aynı yer*, 78; Ebû Zehra, 285).

114 Bkz. Ebû Zehra, 285-286.

hem Nuh'a tavsiye etdiğini, hem sana vahyeylediğimizi, hem İbrâhîme, Musâya ve İsâya tavsiye etdiğimizi sizin için de şerîat yapdı. Senin kendilerini da'vet etmekde olduğun (bu) şey müşriklerin üzerinde büyüdü (ağır geldi). Allah kimi dilerse buna onu seçib çeker, (ancak kendisine itâatla) dönmekde olanları buna muvaffak eder." (Şûra, 13)

"*Onlar ancak kendilerine ilim geldikden sonradır ki, aralarındaki ihtiras yüzünden, ayrılığa düşdüler. Eğer Rabbinden ad verilmiş bir va'deye kadar bir söz geçmiş olmasaydı aralarında muhakkak hüküm verilmiş (her şey olub bitirilmişdi) bile. Onlardan sonra kitâba mirascı yapılanlar da ondan mutlak şüpheci bir tereddüd içindedirler.*" (Şûra, 14)

"*İşte bunun için sen (Habîbim onları tevhibe) da'vet et. Emr olunduğun vech ile dosdoğru harekette sebât kıl. Onların hevâ (ve heves) lerine uyma ve de ki: "Ben Allâhın indirdiği her kitaba inandım. Aranızda (icrâ-yı) adâlet etmemle emrolundum. Allah, bizim de Rabbimiz, sizin de Rabbinizdir. Bizim amel (ve hareket)lerimiz bize, sizin amel (ve hareket) leriniz de size âiddir. Bizimle sizin aranızda hiçbir husumet yokdur. Allah hepimizi birlikte toplayacak. Dönüş ancak O'nadır.*" (Şûra, 15)

Görülüyor ki, İslâm Dininin esaslarına aykırı olmamak üzere, eski kavimlerin kanunlarının bir kaynak olduğu kabul edilmektedir.

Hanefîlerin çoğunluğu, Mâlikiler ve Şâfiilerin bir kısmı, bu kanunların bizim için tatbiki gerekli olduğunu belirtmişlerdir.[115]

9. Sahabenin Tatbikatı

İslâm Hukukunun bir kaynağı da Sahabelerin tatbikatıdır.

Sahabe (r.a.), Hz. Peygamber (aleyhissalatu vesselâm) devrinde yaşamış, O'nu görmüş ve iman etmiş olan ve bu imanla vefat eden kimselerdir. Sahabiler Peygamberimizin sözlerini işittikleri ve davranışlarını gördüklerinden, onların bize naklettikleri elbetteki değerlidir. Özellikle, içlerinde hukukçu olanların fetvaları ise son derece değerlidir.

Hz. Peygamber'in (aleyhissalatu vesselâm) vefatından sonra, sahabeler, insanların kendilerine başvurdukları hallerde fetvalar vermişlerdir.

[115] Hallaf, 245-246; Bilmen, 209-210. Ayrıca bkz. Ebû Zehra, 295; Şeltut, 496-497; Aghnides, 117.

Ebû Hanife'ye göre, bir tek sahabenin görüşü delil değildir, ama hakkında âyet ve sünnet bulunmayan hususlarda sahabelerin ittifak ettikleri bir görüşten dışarı çıkmak câiz değildir.

İmam Şâfiî'ye göre, sahabelerin birinin fikri delil değildir, hepsinin görüşünden dışarı çıkmak da câizdir.

Sahabeler arasında görüş ayrılığı câiz ve vâki olduğu gibi, müçtehitlerin de onların görüşlerine aykırı bir İçtihad yapmaları câizdir.[116]

C- MEZHEP

İçtihad kaynaklarından bahsedince, mezhep kavramından bahsetmemek mümkün değildir. Gerçi mezheplerin tarihçesi, gelişme seyirleri ve ortaya çıkışları ilahiyat fakültelerinde, felsefe ile ilgili bölümlerde ve tarih fakültesinin derslerinde görülmektedir, ama biz burada daha çok hukuki açıdan mezhepler üzerinde duracağız ve bazı ana noktaları belirteceğiz.

Mezhep, kelime olarak **gidilen yol** demektir. Kelime olarak bu manaya gelmekle birlikte hukuki kavram olarak ise: aynı görüşteki müçtehitlerin görüş ve yorumlarını ihtiva eden hükümler bütünü diye tarif edebiliriz. Yani aynı görüşü paylaşmış veya ortaya koymuş kimselerin ifadeleri ve yorum tarzlarının bütününe **mezhep** ismi veriyoruz.

Mezhepler, **itikadî mezhepler** ve **amelî mezhepler** bakımından ikiye ayrılıyor. Yani sanıldığı gibi mezhepler sadece hukuki münasebetlere münhasır değildir, aynı zamanda inançla ilgili konularda da mezhepler söz konusudur. Mesela **Maturidiye mezhebi**, **Eş'arî mezhebi** gibi itikat (inanç) mezhepleri vardır. Bu demektir ki, itikat konusunda İmam Maturidî'nin görüşleri ve ortaya koyduğu hükümler inançla ilgili bir mezheptir.

Amelî mezheplere gelince: Amelî mezhepler ile, insanların ibadetleri ve hukuk münasebetlerine ait durumlarını ve bu durumlara ait yorumları ihtiva eden ifadeleri ve hükümleri kastetmekteyiz.

Amel konusunda belli başlı dört büyük sünni mezhep söz konusudur. Bunlar **Hanefî**, **Şâfiî**, **Mâlikî** ve **Hanbelî** mezhepleridir. Hanefî mezhebinin kurucusu **Ebû Hanife** veya **İmam Azam**'dır. Esas ismi Numan'dır. Şâfiî

[116] Hallaf, 248; Sunar, 71-72; Aghnides bu konuyu güzel özetlemiştir: sh. 114-6.

mezhebinin kurucusu **İmam Şâfiî**'dir, esas ismi Muhammed b. İdris'tir. Mâlikî mezhebinin kurucusu **Mâlik İbn-i Enes** isimli Medineli bir âlimdir. Hanbelî mezhebi ise, **Ahmet İbn-i Hanbel** isimli hadis ve fıkıh âliminin yorumlarını ve bu yorumları paylaşan hukukçuların görüşlerini ihtiva eder.

Öyle olmakla birlikte belirtelim ki, bu büyük dört hukukçunun hiçbiri mezhep kurma niyetiyle ve mezhep kurmak için bugünden yarına herhangi bir kasdi hareketleri görülmemiştir. Yani meselâ dünya çapında bir hukukçu olan Ebû Hanife, bugün mezhep kuracağım veya kurdum gibi bir şey söylememiş, sadece İslâm Hukukunun çeşitli meselelerine ait yorumlar ortaya koymuştur. Ölümlerinden sonra, asırlar içinde, bu yorumlar ve ortaya koydukları bu hükümler bir bütünlük arz ederek ve yüzlerce, binlerce müçtehidin de kabul etmesiyle bir mezhep halinde ve bir görüş ve içtihadlar bütünü halinde ortaya çıkmıştır. İmam Şâfiî, İmam Mâlik ve İmam Ahmed ibn-i Hanbel için de aynı şeyleri söyleyebiliriz. Yani bugünkü modern manada fakülte kurmak, okul kurmak veya yeniden bir şey teşkil etme gibi bir davranışları söz konusu değildir.

Mezhep görüşleri ve içtihadları, gerek bu büyük müçtehit zatların, gerekse onların izinde giden diğer müçtehitlerin davranışı, kendilerine sorulan sorulara verilen cevaplardan ortaya çıkmaktadır. Mesela Ebû Hanife, kendisine Müslümanlar tarafından sorulan sorulara bazı cevaplar veriyor veya bir soru sorulmasa dahi kendiliğinden bir meseleye ait bir yorum getiriyor. İşte bu yorumlar zamanla çoğalarak bir kaideler bütünü haline geliyor. Kitapların yazdığına göre, Ebû Hanife 40 bin, hatta bazı kaynaklara göre, 60 bin mesele hakkında görüş belirtmiş, yani içtihad yapmış bir dahidir. Gerek ibadetlerle ilgili konular olsun, gerek hukuk münasebetleriyle ilgili konularda 60 bin meseleye yorum getirmiş bir kimsedir. Diğer mezhep imamları için de benzer şeyleri söyleyebiliriz.

D- İÇTİHAD

1. Genel Olarak

Mezhep kavramı ile ilgili bir kavram da içtihaddır. İçtihad, yorum yapmak, Kur'ân'dan ve sünnetten hüküm çıkarmak (istihraç) demektir.

Yani bir âyetin ne manaya geldiği, dinî ve hukuki münasebetler bakımından insanlara neyi tavsiye ettiği veya neyi yasakladığını belirtmek, bu konuda görüşlerini açıklamaktır. İçtihada galebe-i zan ismi de veriliyor. Yani müçtehidin o hükmü o şekilde anlaması demektir. Kendi zihninde âyete ve hadise bakarak nasıl bir hüküm ihtiva ettiğini, neleri bize öğrettiğine cevap verdiğini bildirmesi, kendi zannının o istikamette olması demektir.

İçtihad yapmak için bazı şartların bulunması gerekiyor.

İçtihad yapan kişiye **müçtehid** ismi verilir. Müçtehit olmak için çeşitli şartlar vardır, bunlar kitaplarda belirtilmiştir. Mesela Arapçayı iyi derecede bilmek, âyetin nüzul sebeplerini bilmek, sünnetin de kavli sünnet olsun, fiili sünnet olsun, niçin ve hangi hâdise üzerine ortaya çıktığını bilmektir. bu iki kaynaktan hüküm çıkarmayı, yani istinbat etmeyi bilmek. Bunların da ayrıntılı kaideleri vardır, bunlar bu konudaki kitaplarda belirtilmiştir. Konunun tafsilatı diğer kitaplardan öğrenilebilir.[117]

Müçtehid çeşitleri: Müçtehitler çeşitli bakımlardan tasnife tabi tutulmuştur. Şahsi tercihimiz şu şekildedir: Biri dinde müçtehid, ikincisi mezhepte müçtehid, üçüncüsü meselede müçtehid.

a. **Dinde müçtehid**, İslâm Dininin herhangi bir meselesinde içtihad yapan kişi demektir. Yani ibadetler konusunda olsun, diğer hukuki münasebetler konusunda olsun veya herhangi bir meselede görüş bildiren, yorum yapmış olan kimselere dinde müçtehid denir. Yukarıda belirttiğimiz mezheplerin kurucu müçtehitleri, "dinde müçtehit" kimselerdir.

b. **Mezhepte müçtehid** ise, sadece kendi mezhebinde içtihad yapan ve yapma kabiliyetinde olan kimsedir. Mesela Hanefî Mezhebinin müçtehitlerinden İmam Muhammed ibn-i Hasan gibi, İmam Kadı Ebû Yusuf gibi kimseler...

c. Üçüncüsü ise **meselede müçtehit**, yani bir mezhebin tümü hakkında görüş belirten değil, sadece o mezhebin meşgul olduğu binlerce meselesinden bir veya birkaç mesele üzerinde içtihad yapma kabiliyetinde olan

---

[117] Mesela bkz.: Hayrettin Karaman, *İslâm Hukukunda İçtihad*, Ankara, 1971 ve 1975, Diyanet İşleri Başk. y.

ve içtihad yapmış olan kimsedir. Söylemeye lüzum yok ki değer, genişlik ve kabiliyet bakımından, birincisi dinde müçtehid, ikincisi mezhepte müçtehid, üçüncü de meselede müçtehiddir diyebiliriz. Zaten kitaplardan da ortaya çıkan netice budur.

Bu gruba giren yüz binlerce müçtehit yaşamıştır.

İçtihad faaliyetini biraz daha yakından ele alırsak şu bilgileri verebiliriz.

2. İslâm Hukukunda İçtihad Faaliyeti ve Benzer Müesseseler

Genel Olarak

İçtihad'ın lügat manası, "meşakkate tahammül"dür. İstilah olarak ise, hakkında hüküm (nas) bulunmayan fer'i bir meselenin halli ve ona cevap bulmak için, İslâm Hukukunu iki kaynağından, yani kitap ve sünnetten, delile dayanarak hüküm istinbat etmektir.

İçtihad yapan kimseye "**müçtehid**" denir. Büyük müçtehidlere "**İmam**" ismi de verilmiştir. İmam Âzam (Büyük İmam, yani Ebû Hanife), İmam Şâfiî, İmam Mâlik ve İmam Ahmed (ibn-i Hanbel) gibi. Hüküm çıkarma faaliyetine ise "istinbat" ismi verilmiştir (istinbat, kelime olarak kuyudan güçlükle su çıkarmak demektir). İstinbat edilen şer'i hükme ise "**müctehedün fih**" denilir.[118]

a) İçtihadın Sahası ve Genel Özellikleri

İçtihad hakkında genel olarak şu esasları ve özellikleri zikretmek faydalı olur:

– **İçtihad bir ihtiyaçtır**: Müslümanların, hakkında açık hükmün (nas) bulunmayan mes'eleler karşısındaki hal çaresi aramaları bir ihtiyaçtır. İşte içtihad bu ihtiyaca bir cevap teşkil eder. Yoksa hakkında bir nas, yani hüküm olan konularda, müslümanlar ihtiyaçlarını, o hükme göre giderirler. Bu takdirde ictihada da ihtiyaç kalmaz.

---

[118] Bkz. Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuki İslâmiye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, c. 1. 1948, 259; Karaman, *İslâm Hukukunda İçtihad*, 20 vd.; Akgündüz, *Osmanlı*, 31 vd.

– **İçtihad bir fikir açıklamadır**: Müçtehid, şer'i bir mes'ele hakkındaki görüşlerini içtihad yaparak açıklamaktadır. Fikir açıklama hürriyeti, İslâm Hukukunda geniş tatbik alanı olan bir hürriyettir.[119]

– **İçtihad bir vazifedir**: Kendisinde içtihad yapma bilgi ve kabiliyeti olan kimseler, içtihad yaparak kanaatlarını açıklamalıdır. Çünkü bu içtihad veya kanaat yoluyla, müslümanların bir ihtiyacının cevap vermek hedefi vardır. Diğer taraftan Allah'ın ilim ve kabiliyet verdiği kimseler, boş durmamalı, düşünmeli ve vardıkları neticeleri açıklamalıdırlar.

– **İçtihad heva ve hevese tabi olarak ve onları tatmin için yapılamaz**: İçtihad bir ihtiyaç için yapılır. Dinî bir ihtiyaca cevap vermek için hareket edilmelidir.

– İçtihad ana konularda (yani hakkında açık âyet ve sünnet bulunan) değil, onlara göre yan, yani fer'i konularda yapılır. İçtihad, ancak hakkında hüküm bulunmayan mes'eleler hakkında olabilir.

Hakkında sarih âyet ve sünnet bulunan meselelerde ve sahalarda içtihad yapılamaz. Mecelle, md. 14'de şu hükmü koymuştur: "*Mevrid-i nasda içtihada mesağ yoktur.*" Çünkü Allah veya Peygamber o konuyu zaten düzenlemiştir. Zaten, içtihadı "*fer'i olan bir şer'i hükmü delilinden çıkarma*" şeklinde tarif edenler de vardır.[120]

Mesela, namazın, orucun rükünleri, vakitleri vb. hakkında artık içtihad yapılamaz. Aynı şekilde faiz; âyet ve hadislerle yasaklanmıştır. Artık bir içtihad yapıp, faizin serbest (helal) olduğu iddia ve isbat edilemez, böyle bir neticeye ihtiyaç yoktur. Çünki hakkında nas vardır.

– Müçtehid, içtihad yaparken bütün kuvvetini sarfedip, araştırma yapmalıdır.

b- Diğer taraftan, içtihad şer'i meselelerde söz konusu olur. Yoksa, aklî ve hissi meselelerde içtihada yer yoktur.[121]

---

[119] Bkz. Armağan, Servet, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, 6. b. Ankara, 2006, Diyanet İş. B. y. sh. 135vd.

[120] Bkz. Bilmen, 259; Karaman, 16-17; Aghnides, N, Mohammedan Theories of Finance, Colombia Uni. Pres, 1916, New York, 90.

[121] Bkz. Bilmen, 259; Karaman, 25 vd; Aghnides, 90.

b) Müçtehid

İçtihad ancak müçtehid tarafından yapılabilir. Bir diğer deyişle içtihad, ancak kendisinde müçtehidlik şartları bulunan kimseler tarafından yapılabilir. Bu konuda şu şartlar belirtilebilir:

ba. Kur'ân ve sünneti, lügat ve şeriat bakımından manalarını bilmek,

bb. Bu iki kaynaktaki hükümlerin âm, has, mücmel, müfesser, nâsih, mensuh gibi kısımlardan hangisine dahil olduğunu veya olmadığını bilmek,

bc. Sünnetin metinlerine ve rivayet usulüne vakıf olmak,

bd. Kıyas usulüne tam mânâsıyla vâkıf olmak,

be. Hakkında icmâ vukû bulmuş hükümleri bilmek,

bf. İçtihad yapacağı saha ile ilgili olarak ilmi meseleleri bilmek,

bg. Belagat ve fasahat vb. Arapça dilbilgisi ve edebiyat kaidelerine vakıf olmak.

bı. İçtihad için bir fekahet melekesine sahip olmak. Yani bir hukuki hükmü, delillerinden çıkarabilecek kabiliyette olmak.[122]

---

[122] Bkz. Bilmen, 259, 261, 263; Karaman, 175 vd; Aghnides, 92-94. Belirtelim ki, bu şartlar daha sonraki asırlarda, bilhassa dört büyük müçtehit devrinde ve onlar tarafından (Mesela İmam Şâfiî) tesbit edilmiştir. (Bkz. Karaman, 175). Ama müçtehitler, Hz. Peygamber (aleyhissalatu vesselâm) devrinde de vardı. (Bkz *Aynı yer.*, 20 vd; 51 vd.) Yani sahabe arasında müçtehidler vardı: Mesela Hz. Ömer ve Ali, Abdullah İbn-i Mes'ud, Zeyd İbn-i Sabit, Abdullah İbn-i Abbas, Abdullah İbn-i Ömer (radıyallahu anh) erkek müçtehidlerden, Hz. Aişe (r.a.) ise kadın müctehid idi. (Bu konuda ayrıca bkz. Bilmen, 351 vd; Ahmed İzzüddin el-Beyanuni, İçtihad ve Müçtehitler (Çev: Ali Nar-Salah Şerzad, İst., 1981, sh. 19 vd.).
"İctihad için pek büyük bir kabiliyet, pek geniş malumat lazımdır. Bundan başka da pek büyük bir diyanet, pek azim bir seviyyei ahlakiyye iktiza eder. Hafızaların bütün ayatı celile ile, yüz binlerce ahadisi şerife ile tezyin etmiş, birçok dini ilimlerde teferrüd eylemiş olan bir nice yüksek zatlar bile ictihada cesaret edememiş, kendilerinde ictihada salahiyet bulunduğunu iddiada bulunmamışlardır. Çünkü bu salahiyeti layıkı vecihle haiz olmıyanların ictihada kıyamı, teşehhiyettan ibaret olarak haklarında pek büyük manevi mesuliyeti davet eder. Binaenaleyh bu salahiyeti haiz olmıyanlar için, İslâm âlemince kabul edilmiş olan bir müctehidi muazzamı taklidde bulunmaktan başka yol yoktur. Ve illa dinin kudsi ahkamını muhafaza ve idame kabil olamaz" (Bilmen, 262).

c) İçtihad Faaliyeti

1. İçtihad Bir Kanaattir

İçtihad faaliyetinin esası "*galebe-i zandır.*"[123] Yani içtihad yapan, vardığı neticenin doğru olduğuna inanmaktadır. İnandığı şekil, kendisince doğrudur, ama o, ulaştığı netice ve yaptığı içtihadı, mutlaka doğrudur diye iddia edemez.

Zaten içtihad bir ihtiyaçtan ortaya çıktığına göre, müçtehid bir ihtiyacı karşılamak için zihnî bir faaliyet göstermektedir. Vardığı neticenin herkesçe doğru kabul edilmesini istemeye ve bunu talep etmeye hakkı yoktur. Kendisinde ilim vardır, müslümanların da bir mesele hakkında ihtiyaçları bulunmaktadır. O da içtihad faaliyetinde bulunmaktadır. Böylece dinî bir ihtiyaca cevap vermiş olmaktadır. Müçtehidin vazifesi ve faaliyeti burada son bulur. Yapılan bir içtihada müslümanların ve diğer âlimlerin tabi olması, yani onu beğenmesi, isabetli bulması, içtihadın tatbikatta yaygınlaşmasına sebep olur.[124]

Zaten Ebû Hanife, Şâfiî, Ahmed İbn-i Hanbel ve Malik gibi imamlar, hiçbir zaman, kendi içtihadlarının mutlak doğru olduğunu ve ona tabii olunması gereğini iddia etmemişlerdir. Kendi hayatlarında kısmen, kendilerinden sonra ise mesela, şu anda dünya üzerindeki bir milyardan fazla Müslüman bu mezheplerin mensubudurlar, yani bu müçtehidlerin ve mezheplerin içtihad ve yorumu ile dinî-hukukî hayatlarındaki ihtiyaçlarını gidermekte, onları uygulamaktadırlar.

2. İçtihadda Hata Yapılabilir

İçtihad yapan, bazı meselelerde isabet, bazı meselelerde ise, hatalı neticelere ulaşmış olabilir. Bir diğer deyişle, müçtehidin isabet edip etmeyeceği, içtihadın bir şartı değildir. Bir müçtehidin içtihadının hatalı olması ya diğer müçtehidlerin görüşüne ve içtihadına göre isabetsiz sayılması, ya da zamanın seyri içinde müslümanların o içtihadı benimseyip uygulama-

[123] Bkz. Bilmen, 260

[124] Bu konuda Karaman, op. cit. bkz. Aghnides, 92; Müçtehidlerin kendileri içtiharlarını kaleme alıp yazdıkları gibi, talebeleri de yazmış ve kitap haline getirmiştir. Bkz. Aghnides, 98 vd.

ması manasına gelir. Yani bir içtihadın **hatalı** sayılmasının, **mutlak** değil, **izafi** (nisbi -relatif) bir manası vardır.

Diğer taraftan müçtehid hata etse de, Allah indinde mes'ul sayılmaz. Çünkü, o bütün gayretini sarfederek, bir neticeye ulaşmıştır, bu netice kendi kanaatine göre doğrudur. Ama, doğru yol ortada açık iken ve fakat buna rağmen gayret sarfeden ve içtihad yapan kimse, Allah indinde mes'ul olur.[125] Bu takdirde dinî hükümler ile oynamış olmaktadır.

Diğer taraftan, Allah'ın zatı ve vasıfları hakkında, yukarıda da belirttiğimiz gibi, içtihad yapılamayacağından, hata, mesuliyeti mucibdir.[126]

Bu noktaya bağlı bir husus da şudur: Müçtehid isabet de etse, hata da etse sevaba nail olur. Hz. Peygamber bir hadislerinde şöyle buyurmuştur:

"*Hâkim hükmedince ve bu sebeple de içtihad edip isabet edince ona iki ecir (sevap) vardır, hata ederse bir ecir (sevap) vardır.*"[127]-[128]

d) Müçtehidin Özür Beyan Etmesi

Müçtehidlerin, bir mesele sorulduğunda "**bilmiyorum**" (Lâ edri) demeleri caizdir. Bilmiyorum demesi, müçtehidin, içtihad şartlarına sahip olmadığını göstermez. Belki, o meseleyi incelemediğini veya yeteri kadar tatmin olacağı bir neticeye ulaşamadığını ifade eder.

Rivayete göre, İmam Malik, kendisinden sorulan kırk meseleden otuz altısı hakkında "bilmiyorum" (lâ edri) demiştir.[129]

Bir diğer mesele de, müçtehid bir kimsenin kamu vazifesi kabul mecburiyetinde olup olmadığı konusudur. Acaba böyle bir kimse, hâkimlik ve müftülük gibi bir makama geçmesi istendiğinde, mecbur mudur?

---

[125] Bkz. Bilmen, 259, 260; Aghnides, 91;

[126] Bilmen, 260; Aghnides, 90;

[127] Müslim, Akdiye, 15; Buhârî, İtisam, 21, 30; Ebû Davud, Akdiye, 2; Nesai, Ahkâm, 2, Kaza, 3; İbn-i Mâce, 3; Müsned, 3/187, 4/198, 204, 205.

[128] Bilmen, 261'de bir başka hadis zikrediliyor:
"Hüküm et (ver). Eğer isabet edersen senin için on sevab, hata edersen bir sevab var." Ancak ben bu hadisi meşhur hadis kitaplarında bulamadım.

[129] Bkz. Bilmen, 261, 398. Bazı âlimlere göre (Şa'bi) "bilmiyorum demek ilmin yarısıdır." Çünki Melekler bile, Cenab-ı Hakk'a "Yarabbi! senin bize bildirdiğinden başka bizim bilgimiz yoktur" demişlerdir. (Bkz. Bakara, 32) (*Aynı yer*).

Genellikle, böyle bir mecburiyet olmadığı kabul edilmektedir. Tarihte meşhur olan hâdise şudur: İmam Azam'a, Abbasi Halifesi kadılık vazifesi vermiş, ancak o, kabul etmemiştir. Bunun üzerine Halifenin emirlerine aykırı hareket ettiği için, kırbaçlanmıştır.[130]

e) Taklid Caizdir

Bu konuda bir diğer mesele de, bir müçtehidin diğer bir müçtehidi taklid etmesinin caiz olup olmadığıdır. Bu sorunun cevabı "Evet, taklid edebilir"dir. Bu konuda bir tereddüt yoktur. Çünki bir müçtehidin, diğer bir müçtehid ile aynı kanaatte olması normaldir.

Diğer taraftan, taklid, takva sebebiyle de söz konusu olabilir; yani müçtehid hata yapma ihtimalinden korktuğu için diğer bir müçtehidin, muteber bir mezhep müçtehidinin içtihadını taklid edebilir. Ve bu şekilde hareket eden müçtehidler de görülmüştür.[131]

f) Müftü-Müçtehid; Fetva-İçtihad

İçtihad konusu ile yakından ilgili bir müessese "**ifta**" (Fetva verme) müessesesidir.

Fetva, lügat mânâsı olarak sorulan bir meseleye cevaptır. Istılahta ise, dinî bir meseleye dair fakih bir kimsenin verdiği cevaptır, dermeyan ettiği hükümdür. Bu cevabı veren Müfti, devletin bir memurudur. Müçtehid ise, kamu görevlisi olması şart değildir. Bazen bir müçtehid müfti olarak tayin edilir, bu takdirde müftülük ve müçtehidlik aynı şahısta birleşmiş olur. Müftinin müçtehid olması gerekir. Çünkü, Müslümanların sordukları sorulara dinî cevaplar vermektedir. Soruyu sorana "**sâil**", veya "**müstefti**", cevap verene "**Müfti**" veya "**mucib**" cevaba ise **Fetva** denilir.

Kur'ân, bilmeyen kimselerin sormasını emreder:

"*Eğer bunu bilmiyorsanız sorunuz?*"[132]

---

[130] Bilmen, 264

[131] Bkz. Bilmen, 262-4. Taklid yapan müçtehide mukallid denilir. Ayrıca, bir mezhebin metodunu tatbik ederek, o mezhep içinde kalarak bir hadise hakkında hüküm çıkarana ashab-ı tahriç ismi verilmiştir. Bkz. Karaman, 205 vd; Beyanuni, 100 vd; Aghnides, 94-95; 99.

[132] Nahl Sûresi, âyet, 43. Bilmen, ehliyetsiz kimselerin fetva veremeyeceğini, vermemesi gerek-

Müfti müçtehid değilse, çeşitli görüşler arasından birini, genellikle kabul edilen birini, tercih edip, ona göre cevap verebilir. Yani o içtihadı taklid ederek Müslümanların sorularına cevap verebilir. Fetva, yazılı bir metin halinde soruyu sorana verilir; içtihad ise yazılı olması şart olmadığı gibi, şayet müçtehid müfti değilse, verdiği cevap da resmi (idari) bir işlem sayılmaz.

Şayet sorulan sorunun cevabını İslâm Dini ile ilgili kitaplarda bulamazsa, kendisinden daha ehliyetli olanlardan sorması iktiza eder. Veya "Bilmiyorum" demesi caizdir.[133]

Önemli olan, meselenin esasına ve hükümlerine muttali olmadan, yani onları iyice anlamadan ve değerlendirmeden cevap vermemektir. Bilmeden cevap vermek, müfti ve müçtedihe yakışmayan bir harekettir. Çünkü böylesi bir hareket mes'uliyeti mucipdir. Müslümanların mukaddesatına karşı bir hürmetsizliktir.[134]

---

tiğini, müçtehid olmayan müftilerin riayet etmesi gereken kaideleri uzun uzun anlatıyor (sh. 263-8).

Birgün bir zat Hz. Ebû Bekir'e (radıyallahu anh) Kur'ân'daki bir kelimenin manasını sormuş. Hz. Ebû Bekir manasını bilememiş, ama bilmeden cevap vermenin yanlış ve mesuliyeti mucip olacağına işaret için şöyle demiştir: "Allah Teala'nın kitabı hakkında bilmediğim şeyi söylersem, beni hangi gök gölgelendirir ve hangi yer üstünde taşır. Beni mes'uliyet elinden kim kurtarabilir?" (Bkz. Bilmen, 268).

[133] Bilmen, 266; Aghnides, 99.

"Usul-u fıkıfta, fıkha dair yazılmış mufassal kitaplarda ve bilhassa fıkhın (resmül müfti) denilen mebhas-ı mahsusunda beyan olunduğu üzere öyle her kimse fetva veremez, yani; kitabullahtan, sünneti nebeviyyeden vesair şer'i delillerden şer'i hükümleri istinbat ederek dinî hadiselerin hükümlerini tayine muktedir olamaz. Bu hususta pek çok bilgi lazımdır."

"Evet; bir müçtehid için dünya kadar ilim ister, Kur'ân-ı Kerîm'in âyetlerinden, Resulü Ekremin hadislerinden dinî hükümleri istihraca kudret ister, dinî ilimlerin ictimai hadiselerin, örf ve âdetin, masalihi ammenin künhüne, tarzı cereyanına vukuf ister. Bu iktidarı haiz olan zatlar ise zamanı nebeviye yakın olan en feyizli çağlarda bile pek nadir yetişmiştir. Bunun içindir ki: birçok yüksek âlimler, fevkalade münsıf oldukları için içtihada cür'et göstermemiş, dinî ilimlerdeki pek ziyade ihatalarına rağmen kendi namlarına fetva vermekten çekinmiş, Müslümanlar arasında ammenin kabulüne mazhar olmuş bir mezheb sahibinin, mesela: İmam-ı Azam veya İmam-ı Mâlik Hazretlerinin ictihadı vecihle amel etmiş, sorulan meseleler hakkında bu gibi büyük müctehidlerden birinden mevsukan rivayet edilegelen cevaplar dairesinde fetva vermiş ve fetvasında bu me'hazi göstermiştir." (Bilmen, 263-64).

[134] Bilmen, 267. Ayrıca bkz. 268.

"Bir hâdisenin hükmü hakkında bir mezheb sahibinden sarih bir rivayet mevcut olmadığı takdirde o mezhebin müessisi olan büyük müctehide tabi olan ve kendilerine "ashab-ı tahric" denilen kuvvetli âlimler, o müctehidin iltizam etmiş olduğu usul ve kavaide tatbikan o hâdisenin

Bu hususta âyet şöyle der:

"*Senin için hakkında bir bilgi hasıl olmayan şeyin ardına düşme.*" (İsra, 36)

Ayrıca hadis-i şerifte: "*Sizin ateşe atılmaya en cür'etkârınız, fetva vermeye en cür'etli bulunanınızdır.*"[135] buyurulmuştur. Tabib olmayan bir kimsenin, doktorluk yapmaya cür'et etmesi nasıl yadırganırsa, burada da aynı şey söz konusudur.[136]

Burada belirtmeye lüzum yok ki, istifta, yani fetva istemek de hüsnüniyetle ve ciddi maksatlar için yapılmalıdır. Yani birisinin bilgisini lüzumsuz yere denemek, cehaletini teşhir etmek, elde edeceği bilgiyi, başkasının aleyhine kullanmak için sormak ve lüzumsuz münakaşalara sebep olmak da aynı şekilde hatadır.[137]

İmam Mâlik, henüz ortaya çıkmamış meseleler hakkında fetva vermezdi. "*Hâdise vu'kua gelirse Şer'i cevabı düşünülür*" derdi. [138]

Zaten bu hususta bir âyet de vardır:

hükmünü o mezheb dairesinde tayine çalışmışlar, yine kendi namlarına ictihada cüret ederek fetva vermek ihtiyatsızlığında bulunmamışlardır.

Ashab-ı tahricden bulunmıyan sair din âlimlerinin vazifeleri ise tabi oldukları mezhebde muhtar, müfta bih olan hükümleri nakl ve hikaye etmekten, sorulan suallere o vecihle cevaplar vermekten ibaret bulunmuştur.

Fil hakika ictihada, hükümleri tahrice muktedir olmıyan her âlimin, her müftinin vazifesi, bundan ibarettir. Bu halde müftiler, tabi oldukları mezhebdeki ictihadi akval ve ahkamı nâkil ve hâkî demektirler" (Bilmen, 264).

[135] Bkz. Dârimi, *Mukaddime*, 20; 267."Bu hususta deniliyor ki: fetva veren kimse, Hak Tealanın helal ve harama, sıhhat ve fesada veya saireye dair olan hükmünü nakl etmiş oluyor. Artık fetva vereceği hadise hakkında bilgisi bulunmayan veya o babda tekasül gösterip meseleyi güzelce incelemeyen veyahut ictihada iktidarı olduğu halde meselenin hükmünü delilinden istinbata çalışmayıp tehavün gösteren kimsenin fetva vermesi, şüphe yok ki kendisinin cehennem ateşine atılmasına sebeb olur." (Bilmen, 267).

[136] Bkz. Bilmen, 269; Aghnides, 100 vd.

Bir başka hadiste ise şöyle buyurulmaktadır:

"Dinin felâketine yol açan üç sebep vardır: Günahkâr fâkih (hukukçu-âlim), zâlim devlet başkanı ve câhil müçtehid." (Bkz *Feyzü'l-Kadir*, c. 1/52 (11)).

[137] Bilmen, 269.

Hz. Peygamber (aleyhissalatu vesselâm)den bile gereksiz ve faydasız şeyler soranlar olmuştur. Bu kabil suallere karşı Hz. Ömer (radıyallahu anh) bir defasında şöyle demiştir: "Fitnelerin şerrinden Cenab-ı Hakka sığınarak, Allahu Tealanın rububiyetine, İslâmın Din oluşuna ve Hz. Peygamber'in de resul olduğuna razı olduk" (*Aynı yer*, 270).

[138] Bilmen, 269

"*Ey iman edenler, Allah'ın affettiği şeyleri –ki eğer size açıklanırsa ve siz bunları Kur'ân inerken sorup da hükmü kendinize izhar edilirse fenanıza gidecektir- sormayın. Allah çok yargılayıcıdır, cezada da aceleci değildir.*" (Maide, 101)[139]

Bir hadis de şöyledir:

"*Siz faydalı bilgiyi isteyiniz, faydasız ilimden Allah'a sığınınız.*"[140]

g) Fetva – Kazâ (yargı); Müfti – Kadı (Yargıç)

İçtihad konusu ile ilgili bir müessese de kaza (yargı) faaliyetidir.

Fetva veya ifta müessesesinin aynı zamanda bir içtihad faaliyetini ifade ettiğini yukarıda söyledik. Acaba fetva ile kazâ arasında ne fark vardır?

Fetva ile kaza arasındaki fark, açıklanması gerekli bir noktadır ve içtihad faaliyetinin mahiyetini anlatmaya ve anlamaya yardımcı olur. Aslında, her ikisi de dinî bir soruya cevap teşkil eder. Ancak aralarında şu farklar vardır:

1- Fetva dinî bir hükmü bildirir, ancak bağlayıcı değildir. Kazâ ise bağlayıcı (mülzim)dir.

2- Fetva sadece ihbardan ibarettir. Kazâ ise, ihbar yanında infaz ve icra özelliği de vardır. Hâkimin verdiği hüküm uygulanır.

3- Fetva umumidir, kazâ ise hususidir. Yani verilen bir fetva, benzer bütün meselelerde tatbik edilir ve onlara bir cevaptır; ama kazâ, yani bir mahkeme kararı, ancak hakkında verildiği olay, şahıs ve ihtilafa mahsustur, bağlayıcıdır ve tatbik edilir.

4- Fetva bütün şer'i (dinî) meseleler hakkında söz konusu olur. Kazâ ise sadece muamelatda ve ceza işlerinde söz konusu olur.

5- Fetva, resmi sıfatı haiz olmayan âlimler tarafından da verilebilir. Ama kazâ, ancak resmi sıfatı haiz kimseler tarafından verilebilir.

6- Fetva rivayet yoludur, kazâ ise velayet yoludur. Mesela bir kimse bir meselede fetva verebilir, ama hâkim olmadığı için o mesele hakkında

---

[139] Diğer misaller için bkz. Bilmen, 270

[140] İbn-i Mace, Dua, 3. Ayrıca şu hadise de bkz. Buhârî, *İtisam*, c. 12, No: 2173 (Diyanet Y.).

bir yargı kararı (kazâ) veremez. Bazen her iki yetki bir şahısta birleşebilir. İmam Ebû Yusuf, hem müfti, hem de başhâkim (kâdı'l kudat) idi.[141]

h) İçtihad Kapısı Kapalı mıdır?

Bu soruya başlıklar halinde şu cevapları verebiliriz:

a- İçtihad kapısı kapalı değildir, kapatmak da kimsenin yetkisinde değildir.

b- İçtihad kapısı açıktır; ama açık olan içtihad kapısından girmeği gerektirmeyen bazı durumlar, hatta engeller vardır:

1- Müslümanların dinî ve hukuki ihtiyaçları, âyet, hadis, icmâ ve içtihadlarla karşılanmıştır. Asırlardır bu hükümler tatbik edilmektedir. Bu içtihadlardan müslümanlar, genellikle, memnun ve mütmaindirler.

2- İçtihad yapma heves ve sevdası ile hareket etmek, yeni yeni fantezi yorumlar getirmek ve içtihadlar yapmak, müslümanlara hizmet değildir.

3- Müslümanların, iman, ibadet ve itaat gibi ana konularda eksikleri ve hataları vardır.

Müslümanların bu gibi ana konularda hataları olması demek, Kur'ân ve Sünnetin istediği gibi hareket edememeleri, inançlarında zayıflık ve eksiklik bulunması, âhirete iman, Allah'a ve Hz. Peygamber'e (aleyhissalatu vesselâm) itaat gibi temel değer hükümlerinin tatbik edilmemesi demektir. Bu durumda Müslüman âlimlerin, Müslümanları, inanç ve ibadet noktalarında eğitmeleri ve sağlam bir tatbikata tevcih etmeleri gerekirken, gereksiz ve ihtiyaç olmayan bir sahada, fantezi birtakım içtihadlarla vakit geçirmek, Müslümanlara fayda değil, zarar verir. Âdeta bir kalenin duvarlarının yıkılması ve düşman darbeleri ile gedikler açılmış olması karşısında, kalenin bazı yerlerini süslemek gibidir.

---

[141] Bilmen, 271; Said Nursî, Fetva'nın kaza'dan farklı olduğuna dair dikkat çekici açıklamalar yaparak, Osmanlı Devletinin son Şeyhülislâmının verdiği ve Mustafa Kemal'in bâği (isyan eden) olduğuna dair fetvanın İngiliz işgali altında ve tarafları dinlemeden verildiğini ve bu sebeple bağlayıcı olmadığını belirtmiş, kendisi de lehte fetva vermiştir: Bkz. *Sünuhat*, *Tuluat*, *İşarat* (yeni harfle), İstanbul, 1980, sh. 80. Bu konularla dolaylı ilgili bir hadis şöyledir: "Müftüler sana fetva verseler de sen kalbine danış." (Dârimi, *Buyu*', 2; Ahmed, 4/228.)

4- Bir diğer önemli engel ve nokta da şudur: Büyük mezhep imamları (Ebû Hanife ve diğer imamlar) deha çapında[142] insanlardı; diğer taraftan da, bu dehalar, bütün akılları ve güçleriyle çalışan, bütün vakitlerinde sadece ve sadece Allah'ın rızasını düşünen, ibadet ve inançta ise, son derece ciddi ve laubalilikten uzak, "Allahtan korkan[143] ve Peygamber'den (aleyhis-salatu vesselâm) utanan[144]" kimseler idi. İçtihad yapacakları zaman, büyük bir gayret sarfeder, bir hata yapıp Müslümanları yanlış yola sevketmekten korkarlardı.[145]

Halbuki günümüzde "**içtihad heveslisi**" kimselerin ise, vakitlerinin-büyük kısmını ticaret, siyaset vb. şeylerle geçirip, dünya işlerinde boğulmuşken, içtihad yaptıklarını müşahede etmekteyiz. Elbette bu iki tür içtihad aynı değerde olmaz. Birincisi "**semavi**" ise, ikincisi "**arzî**"dir.[146]

5-Yukarıda dediğimiz gibi, içtihad bir ihtiyaçtır; Müslümanların hukuki veya dinî bir meselenin halli için ihtiyaçları olduğu zaman yapılır, yapılmalıdır. [147]

Bu konuda son olarak şu hadisi zikretmek isteriz: "*Allah, ilmi insanların (kafasından) çekip alarak kabzetmez; bunu âlimler alıp götürmek suretiyle yapar, nihayet hiçbir âlim kalmayınca halk câhil kimseleri rehber edinir, bunlara birşey sorulunca, bilmedikleri halde fetvâ verirler, sapar ve saptırırlar.*"[148]

İslâm Hukuku'nda içtihad kavramı ve faaliyetini yukarıda kısaca anlatmaya çalıştık. Acaba bir diğer hukuk sistemi olan lâik hukukta durum nedir, aralarında bu açıdan nasıl bir mukayese yapılabilir?

Bu konuyu da yine ana hatları ile şöylece özetleyebiliriz.

---

[142] Bkz. Said Nursi, *Sözler*, İstanbul, *Aynı yer.*, 481.
[143] *Aynı yer.*, Bilmen, 261,
[144] *Aynı yer.*,
[145] *Aynı yer.*,
[146] Nursi, 482.
[147] Bu konularda çok şeyler yazılmıştır. Biz yukarıda bir kısmını, kendi ifadelerimizle özetlemeye çalıştık. Tafsilat ve daha geniş ve derin manalar için bkz. Said Nursi, *Sözler*, 27. Söz (İçtihad Riselesi), sh. 480 vd. Ayrıca bkz. Karaman, 183 vd; Aghnides, 96 vd.
[148] Buhârî, *İlim*, 34; *İtisam* (No: 2174); Müslim, İlim, 3-4; Tirmizî, *İlim*, 5; İbn-i Mâce, *Mukaddime*, 8; Ahmed, 2/162, 190, 203.

ı) *Günümüzdeki Hukuk Hayatı ile Kısa Bir Mukayese*

a) TMK. Md. 1/son hükmü şöyledir:

"*Hâkim karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.*"

Bu hüküm, eski TMK.nun 1/son md. tercümesidir. Eski hüküm şöyleydi:

"*Hâkim hükümlerinde ilmi içtihadlardan ve kazai kararlardan istifade eder.*"

Bu hükümdeki ilmi içtihad, doktrin olarak da adlandırılmaktadır. Bu nevi içtihad, daha çok ilim adamlarının içtihadlarıdır. İlim adamlarının ilmi çalışmalarında açıkladığı yorum, teklif ve tenkitlerini ihtiva eden görüşlerine içtihad ismi verilmektedir. Özellikle monografiler ile tezlerde bu durum açıkça görülür. Mamafih, ders kitapları ve kanun şerhlerinde de içtihadlara raslamaktayız. İlmi kariyer mensubu olmayıp da ilmi neşriyat yapan kimselerin aynı tür faaliyetlerine de içtihad ismini verebiliriz.

b) Mahkemeler, mevcut kanunlara göre hüküm verirler. Bu sebeple, mevcut düzenleme dışında bir içtihad yapmaları kaide olarak beklenilmez. Mevcut kanunlara göre karar verdikleri için bu tür kararlara, teknik manada içtihad ismini vermek uygun olmaz.

"*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa, kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.*" (TMK. Md. 1/2)

Bu hüküm de eski TMK. nun ½ hükmünün aynen tercümesidir. Eski hüküm şöyleydi:

Ancak "*Hakkında kanuni bir hüküm bulunmayan meselede hâkim örf ve âdete göre, örf âdet dahi yok ise, kendisi kanun vazıı olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idiyse ona göre hükmeder.*" (TMK. Md. 1/1) hükmü gereğince, bu tür kararlara içtihad ismini verebiliriz. Bununla beraber, Türk hukuk literatüründe kazai içtihad tabiri yerleşmiş bulunmaktadır. Kanaatimizce bu tabir, daha çok Yüksek Mahkemelerin daire kararları ile, bilhassa Genel Kurul kararları ve tabii, içtihadı Birleştirme kararları için de kullanılabilir. TMK md. 1/son fıkrasındaki

"*kazai kararları*", **kazai içtihad** şeklinde ve bu tür kararlar için anlamak gerekir.

Yabancı dillerde, ilmi içtihadlar için doktrin (doctrine, Rechtsldehre; Rechtstheorie, Rechtsansicht), kazai içtihad (kararlar) için ise, "jurisprudence" (İsviçre MK. md. 1'de **Überlieferung)** tabiri kullanılmış; modern hukuk dilinde ise artık **Rechtsprechung** ıstılahı yerleşmiştir) tabiri kullanılmaktadır.

Şu halde günümüzdeki, ilim adamlarının içtihadlarını, İslâm Hukuku manasında müçtehidlerin İçtihadlarına benzetebiliriz. Ancak bir farkla: Günümüzde, kanunda açık hüküm olsa bile, ilim adamları (hâkimler değil) yine içtihad yapabilirler ve yapıyorlar, ama İslâm Hukuku'nda bu halde içtihad yapılamaz.

c) Diğer taraftan, günümüzde, laik devlet düzeninde Diyanet İşleri Başkanlığı'nı fetva makamlarına örnek olarak verebiliriz. Başkanlık, vatandaşlarımızın sordukları sorulara fetva vermektedir. Verilen bu fetvalar, son zamanlarda yayınlanmaktadır.

d) İslâm Hukukunda içtihad, mutlaka hakkında hiç içtihad yapılmamış, bir sahada, yepyeni bir hüküm çıkarmak manasına gelmez. Daha önce yapılmış bir içtihada katılmayan, onun aksi neticesine varan görüş, içtihad olduğu gibi, yapılmış bir içtihada katılan, yani onu taklid eden ilmi faaliyetler de içtihad sayılır. Aynı durum laik hukuk sistemleri için de sözkonusudur.

e) İslâm Hukukunda: "*İçtihad ile içtihad nakzolunmaz*" kaidesi vardır. (Bkz. Mecelle md. 16). Bu kaideye göre, mahkemelerce verilmiş bir hüküm neticesi ortaya çıkan durum, daha sonra bir mahkeme tarafından verilen bir hüküm ile değişikliğe uğramaz, aynen devam eder. Hukuka güven ve istikrar lehine böyle bir kaide konulmuştur. Aynı durum laik hukuk sisteminde de sözkonusudur.

f) İslâm Hukukunda içtihad yapmak için gerekli görülen şartlar şeklinde bir sıralama laik hukuk sisteminde sözkonusu edilmiyor. Ancak, Hukuk Fakültelerinde öğretim üyesi olan, ya da yüksek mahkeme hâkimlerinde, kaide olarak bu şartların (özelliklerin) mevcut olduğu kabul edilmiştir denilebilir.

İşaret edelim ki, laik hukuk sistemlerinde, ilim adamlarımızın, Türk diline ve kaidelerine tam manasıyla vakıf olmadıkları görülmektedir. Hatta anlaşılmaz cümleler ile ders kitabı yazan ilim adamlarımız bulunduğu gibi, yüksek mahkemelerimizin kararlarının bir kısmı da zor anlaşılmaktadır.

g) Heva ve hevesi tatmin için yapılan içtihadlar sahasında iki hukuk sistemi arasında tam bir benzerlik sözkonusudur.

h) Laik hukuk sistemleri dinî esaslara dayanmaz ve onlardan istifade ile meydana gelmezler. O sebeple yukarıda müçtehitlerin, Allah korkusu olan ve takva sahibi kimseler olduğuna dair açıklamaların laik hukuk sistemlerinde yeri yoktur. Bu netice iki hukuk sisteminin bünyelerinin ortaya çıkardıkları farklardır.

l) İslâm Hukuku sahasında yapılan içtihadları, müçtehitlerin veya talebelerinin yazdıkları kitaplardan öğrenmekteyiz. Bunlar mezheplere ait fıkıh (hukuk) kitaplarında yer almaktadır.

Ancak yüzbinleri bulan bu içtihadların (ve fetvaların) muntazam bir derlemesi ve tasnifi yapılmıştır denilemez.[149]

İslâm ülkelerinde asırlardır verilmiş mahkeme kararlarına yani kazai İçtihadlara ulaşmak ise imkansızdır. Bunların bir kısmı harpler, yağmalar ve yangın gibi[150] sebeplerle kaybolmuştur. Yakın tarihte verilmiş ve içtihad hüviyet ve değerindeki mahkeme kararlarının bile bir kataloğu ve tasnifi yapılmış değildir. Şüphesiz bu durum İslâm hukuk tatbikatının geçmiş asırlardaki seyri hakkında bilgi sahibi olmamızı da engellemektedir.

Laik hukuklarda ise, bilhassa Avrupa'da, matbaanın icadı ile birçok kitabın basıldığı bir vakıadır. Ayrıca, devlet arşivleri (Fransa, İngiltere gibi) de oldukça muntazamdır. Bu sebeple Avrupa, yani laik hukuk mahkemelerinin verdikleri birçok kararlara (kazai içtihadlara) ulaşmak kabildir.

Sözlerime bu konulara da çok uygun şu hadis ile son veriyorum.

---

[149] Son zamanlarda, yayınlanan bazı kitaplarla, münferit bazı müçtehitlerin içtihadlarının bir araya toplandığını görmekteyiz. Mesela bkz. Abdullah İbn-i Mes'ud'un içtihadı (arabça), Mekke Ü. y. gibi. Ayrıca bkz. Aghnides, 128.

[150] Burada tarihi bir vakıayı hatırlayalım: Hülagu'nun Bağdat'ı işgalinde, katliam yapılmış ve kütüphanelerdeki el yazması binlerce cilt kitap yakılmış, ya da Dicle nehrine atılmıştır (Bkz. Philipp Hitti, İslâm Tarihi (Çev. Prof. Dr. Salih Tuğ), İstanbul 1980, Boğaziçi y., 3/768 vd.); Hasan İbrahim Hasan, İslâm Tarihi (Çev: İsmail Yiğit), İst., 2. b. 1988, 5/194 vd.

"*Allah kime hayır murad ederse, onu dinde fakih (hukukçu- âlim) kılar.*" [151]

5. Başlıca Mezhep Kitapları

Acaba mezheplere ait hangi ana kitaplar söz konusudur? Bu konuda şu kısa listeyi verebiliriz:

1- Bir defa **Hanefî Mezhebine ait** çok geniş olan ve her zaman müracaat edilen bir kitap olarak **İbn-i Âbidin**'in, **Reddü'l-Muhtar** isimli kitabını, daha doğrusu şerhini gösterebiliriz. Türkçe'ye de Ahmed Davudoğlu ve Mehmet Savaş tarafından tercüme edilen bu 18 ciltlik kitap,[152] Hanefî mezhebinin en son yazılan en geniş kitabıdır. Bundan çok evvel yazılmış ve İmam Azam döneminden sonra ortaya konmuş olan İmam Serahsî'nin **el-Mebsût** isimli kitabı da önemlidir.[153] Tabi arada asırlarca bir zaman farkı söz konusudur.

Serahsî sıradan bir İslâm hukukçusu değildir, ona **Şemsü'l Eimme** ismi verilmiştir (yani imamların güneşi). **Unesco** tarafından bütün dünyada doğum yıldönümü kutlanmış ve eserleri, Türkçe ve Fransızca'ya tercüme ettirilmiş bir meşhur âlimdir.

Belirtelim ki dört mezhebin kurucusu veya hukukçuları da dünya çapında hukukçulardır. Her birinin hayatına ait birçok kitaplar yazılmıştır ve dünya tarihinin yetiştirdiği büyük hukukçulardan sayılırlar.[154] Mesela Ahmed İbn-i Hanbel bir milyon hadisi ezberlemiştir, diğerleri de yine aynı kabiliyette olan kimselerdir.

2- **Şâfi**î mezhebine ait İmam Şafiî'nin **el-Üm** isimli kitabını zikredebiliriz.

---

[151] Buhârî, İlim, 10; Müslim, *İmaret*, 175, *Zekat*, 98, 100; Tirmizî, İlim, 4; İbn-i Mace, *Mukaddime*, 17; *Muvatta*, *Kader*, 8.

[152] Şâmil y. Istanbul, 1987.

[153] Bu muazzam eser de nihayet 2008 yılında Türkçemize kazandırılmıştır.

[154] Mesela bkz.: Muhammed Ebû Zehra'nın, İmam Azan Ebû Hanife, İmam Şâfiî, Ahmet İbn-i Hanbel ve İmam Mâlik hakkındaki eseri, 4 ayrı kitap halinde, Hilal y. arasında çıkmıştır, İstanbu, 1984.
Alman müşteşriki Prof. Dr. Ferdinand Wüstenfeld'in İmam Şâfiî hakkındaki eseri ise emsalsizdir: İmam Schafii und seine Schüler, 1895, Göttingen.

3- **Malikî** mezhebine ait ise, *Muhtasar-ı Halil*, isimli eser, mezhebin bütün hükümlerini kısa ifadelerle ortaya koymuş bir kitaptır.

4- **Hanbelî** mezhebinde ise İbn-i Kudame'nin *el-Muğnî* adlı eserini zikredebiliriz. İbn-i Kudame'nin eseri bu mezhep üzerine yazılmış en geniş kitaptır. Yukarıda dediğimiz gibi kadı el-Karî'nin Mecelle'si de bu konuda yazılmış ve ama kanun haline getirilmemiş hükümleri ihtiva etmesi bakımından tavsiyeye şayandır.

6. Başlıca Modern İslâm Hukuku Kitapları

Şimdi acaba İslâm Hukukuna ait bütün bu bilgileri ihtiva eden günümüzün kitaplarından hangileri tavsiye edilebilir? Bu konuda şu kitapları sayabiliriz:

1- **Abdurrahman el Cezirî**'nin *Dört Mezhebin Fıkıh Kitab*ını (4 cilt) sayabiliriz. Bu, dört mezhebin de hükümlerini bir arada gösteren değerli bir kitaptır. Türkçeye tercüme edilmiştir.

2- Prof. Dr. **Vehbe ez-Zuhaylî**'nin *İslâm Hukuk Ansiklopedisi* ismiyle Türkçeye tercüme edilen 10 ciltlik kitabı. Bu kitapta yalnız dört mezhebin değil hatta diğer mezheplerin de ve hatta zaman zaman şii mezhebinin de hükümlerini ihtiva eden açıklamalar bulunmaktadır.[155]

3- **Mustafa Ahmet ez-Zerk**â'nın üç ciltlik kitabı tarafımızdan Türkçe'ye tercüme edilen ve *Çağdaş Yaklaşımla İslâm Hukuku* kitabıdır.[156]

4- O zamanlar İstanbul Müftüsü olan Muhterem **Ömer Nasuhi Bilmen**'in ilk baskısı İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından bastırılan *Hukuku İslâmiye ve Istılahâtı Fıkhiyye Kamusu*, fevkalâde geniş hacimli ve İslâm Hukukunu tüm tafsilatıyla aktaran bu kitap, bazılarınca modern hukuk terminolojisi ve sistematiğine uymadığı için tenkit edilmektedir. Şimdilerde Bilmen Yayınevi basıp dağıtmaktadır.

5- Yine **Prof. Hayrettin Karaman**'ın *Mukayeseli İslâm Hukuku* adlı üç ciltlik kitabı günümüzde yazılan, en geniş, ifadesi düzgün ve modern sistematiğe göre düzenlenmiş bir kitaptır.

---

[155] Risale y. İstanbul, 1990.

[156] 1. Baskısı Timaş yayınları, İstanbul, 1993; 2. Baskısı ise Gündönümü y. tarafından yayınlandı. İstanbul, 2006.

6- **Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay**'ın "*Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*", Ankara Ü. İlâhiyat F. Y. (birçok defa basılmıştır).

7- *Türk-İslâm Hukuk Tarihi* isimli **Prof. Dr. Halil Cin** ve **Prof. Dr. Ahmet Akgündüz**'ün yazdığı iki ciltlik bir kitaptır.

8- **Sava Paşa**'nın *İslâm Hukuk Nazariyesi Üzerinde Bir Etüd* isimli eseri de tavsiyeye şayandır. Kitabevi yay. tarafından iki cilt olarak yayınlanmıştır.

9- **Dr. Nicolas P. Aghnides** (Columbia Üni.- ABD): İslâmın Mali Hükümleri[157] Bu kitap, İslâm Hukukunda devletin mali yapısı, gelirleri, kamu harcamaları, kamu malları vb. konularda, temel mezhep kitaplarına dayanılarak yazılmıştır ve sahasında benzersizdir.

10- **Prof. Dr. Abdülkerim Zeydan**: "*İslâm Hukukuna Giriş- Genel Hükümler ve Müesseseler*"[158]

11- **Prof. Dr. Âkif Aydın**: Türk Hukuk Tarihi.[159]

Bunların dışında tabii ki birçok kitap daha vardır, ancak tafsilatına girmiyoruz. Bu saydığımız kitaplar gerek Hanefî mezhebi ve gerekse diğer mezhepler hakkında, özellikle başvurulan ve başvurulduğu takdirde delilli, kaynaklı bilgiler elde edilebilecek kitaplardır.

7- Yukarıdaki açıklamalarda sık geçen bazı kelime ve ıstılahlarla ilgili kısa bir açıklama

Ahkâm âyetleri: Kur'ân-ı Kerim'in hukukî veya beşerî münasebetlere ait hükümler ihtiva eden âyetleri demektir.

Âlim: Bilen, bilgili, çok şey bilen, çok okumuş, bilgiç.

Azîmet: Takvâ ile amel etmek. Cenab-ı Hakk'ın emirlerini, tekliflerini, dinî vazifelerini hiçbir özür ileri sürmeden usûl ve kaidelerine uygun olarak tam ve mükemmel şekilde ifâ etmek. Karşıtı: Ruhsat.

Mevzu' hadis: Peygamberimiz'in sözü olmadığı halde, başkası tarafından söylenip O'na izafe edilen uydurma sözler.

---

[157] (Çeviren: **Prof. Dr. Servet Armağan**), İstanbul, 2003, İnsan y.

[158] Terc.: Ali Şafak, İstanbul, 1976, Sırdaş y.

[159] Genişletilmiş 5. Baskı, İstanbul, 2005, Hars y.

Mürsel hadis: Tabiinden birinin, Peygamberimiz'i görmediği halde, Sahabe'den dinlediği hadisi, O'nu görmüş gibi doğrudan Resulullah'tan naklettiği hadistir.

İstihraç: Âyet ve hadisden bir mâna çıkarmak. Müçtehidlerin âyet ve hadislerden hukukî kaide, mâna ve hüküm çıkarması.

İstinbat: Müçtehidin, âyet ve hadisteki açık olmayan gizli bir mânayı içtihadı ile meydana çıkarması.

Müçtehid: İhtiyaç olduğunda âyet ve hadislerden hüküm çıkaran (çıkarabilen) büyük İslâm âlimi. Ebû Hanife, Şafiî gibi.

Ruhsat: İzin, müsaade. Azimetin karşıtı.

Sahabe: Peygamberimizi (aleyhissalatu vesselâm) hayatında gören, İslâm Dinini kabul eden ve mü'min olarak vefat etmiş Müslüman.

Ulemâ: Âlimler.

Dördüncü Bölüm

İSLÂM HUKUKU'NUN TARİHÇESİ VE GEÇİRDİĞİ SAFHALAR

İSLÂM HUKUKU'NUN TARİHÇESİ VE GEÇİRDİĞİ SAFHALAR



GİRİŞ

İslâm Hukuku'nun tarihçesi denildiğinde, bu hukuk sisteminin hangi dönemlerden geçtiğini ve geçirdiği safhaları anlıyoruz.

İslâm Hukukunun tarihçesi oldukça zengindir. Çünkü İslâm Dini ilme, öğrenmeye ve öğretmeye önem vermiştir. İnsanları ilme teşvik eden pek çok âyet ve hadis vardır.[160] Bu sebeple hukukun öğrenilmesi, yazılması ve bu konuda zenginleştirme faaliyetleri her zaman görülmüştür ve bu suretle ortaya fıkhın zengin bir tarihi çıkmıştır. Peygamberimiz bir hadislerinde "*öğrenen de öğreten de sevapta ortaktır.*" buyurmuşlardır.

Bu kısa girişten sonra İslâm Hukukunun tarihçesini şu bölümlere ayırabiliriz:

1. Peygamber Asrı

Peygamber asrı, Resûl-i Ekrem'in (aleyhissalatu vesselâm) yaşadığı dönemdir. Peygamber Efendimiz, bir peygamber ve hem de bir Devlet Başkanı olarak hayatında İslâm Hukukuyla ilgili birçok davranışlarda bulunmuş ve sözler söylemiştir. Bir taraftan kendisine Kur'ân nazil oluyordu, diğer taraftan da insanlara İslâm Hukukunu ve beşeri münasebetleri öğretmek

[160] Bu konuda şu eserimize bkz. Servet Armağan, *İslâm'da İlim ve İlim Adamı*, İstanbul, 2003, Gündönümü Yay.

için kaideler koyuyordu. İslâm Hukukuyla doğrudan alakalı olması ve hukuki prensiplere mesned teşkil etmesi açısından aşağıdaki hadisleri örnek olarak zikredebiliriz. (Tabii ki, hukukla doğrudan ilgili hadisler bu kadarla sınırlı değildir):

1) "Zarar vermek ve zarara zararla mukabele etmek yasaktır."

2) "Mahfuz hisseli mirasçılara vasiyet yapılamaz."

3) "Çocuk onu doğuran annesinin kocasına veya cariye ise sahibine aittir."

4) "İşçinin ücretini alnının teri kurumadan veriniz."

5) "Emanet geri verilir, ariyet iade verilir, kefil mesuldür, borç ödenmelidir."[161]

Çok tipik olan ve günümüzde de kısmen uygulanan bu beş hadis, bize Peygamberimizin hukuki münasebetlerinde insanlara nasıl bir yol gösterdiğini ve nasıl bir hayat kurmak için beyanda bulunduğunu anlatır. Peygamberimizin buna benzer diğer hadisleri de vardır. Konularımızın ilerleyen safhalarında bunlara temas edeceğiz. Zaten hadis kitaplarında, yukarıda belirttiğim gibi, vekalet, kefalet, rehin gibi konularla ilgili hadisler de görebilirsiniz.

2. Sahabe Asrı

Hz. Peygamber'in (sallallahu aleyhi ve sellem) vefatından sonra hukukçu sahabelerin faaliyetleri söz konusu olmuştur. Bu sahabeler gerek âyetten, gerekse hadisten hükümler çıkarmak ve yorumlarını ortaya koymak suretiyle hukukî faaliyette bulunmuşlardır.

Sahabe asrını İslâm hukuk araştırmacıları ikiye ayırıyorlar: a) Hadis ekolü b) diğeri de rey ekolü.

a. *Hadis ekolü* daha çok Hicaz'da ortaya çıkmış bir ekoldür. Hadis ekolü denilmesinin sebebi, bu sahabelerin fetva verirken daha çok hadislere dayanmaları ve hadislerden hükümler çıkarmalarıdır. Çünkü Hicaz

[161] Biraz aşağıda, bu ve benzeri hadislere yine temas edecek ve kaynaklarını göstereceğiz.

bölgesinde, yani Medine ve Mekke bölgesinde yaşadıkları için peygamberlerin hadislerini bilen kimselerin buralarda çok olması ve bunların ağızlarından hadisleri öğrenmeleri ve bu hadislere göre hükümler bina etmeleri çalışmalarını kolaylaştırmıştır.

Hadis ekolüne ait sahabelerden şunları sayabiliriz: Abdullah İbn-i Ömer, (yani meşhur Hz. Ömer'in oğlu) ve Zeyd İbn-i Sabit. Her iki sahabe de İslâm Hukuku sahasında deha çapında birer hukukçudur ve ortaya birçok yorum koymuşlardır. Tabii hadis ekolüne mensup sahabeler sadece onlardan ibaret değildir.

b. *Rey ekolüne gelince;* bu ekol mensupları daha çok Irak ve çevre bölgelerinde yaşamışlardır. Buralara hadis, Hicaz bölgesindeki kadar fazla ulaşmadığı için, bu kimseler daha çok görüşleriyle hukuki faaliyette bulunmuşlardır. Yani âyetlere ve hadislere dayanmışlar, fakat kendilerine hadis ulaşmayan konularda, şahsi kanaatlerine *dayanarak görüşlerini ortaya koymuşlardır.* Bu sebeple onlara rey ekolü ismi verilir. Bu ekolün iki mensubu şudur. *Abdullah İbn-i Mesud, İbrahim En-Nehai.*

3. Tedvin Asrı (Kodifikasyon)

Bu asırda İslâm Hukuku kaynakları ve fıkıh kaideleri toplanmıştır. Yani İçtihad ve metotları, bu devirde ortaya çıkmış ve kaidelere bağlanmıştır. Bu dönem, sahabe asrından sonraki bir asırdır. Burada asır dendiği zaman, yüzyıllık bir dönem değil, genellikle benzer faaliyetlerin yapıldığı dönemleri kastediyoruz. Yine belirtelim ki İslâm Hukukunun kodifikasyonu yapılıp ortaya konulmasından önce, kaidelerin kaynakları konusunda çalışmalar yapılmıştır. Mesela yukarıda belirttiğimiz gibi sünnete ait çalışmalar yani hadislerin toplanması, uydurmaların ayıklanması, İslâm Hukuku çalışmalarından önce gelir. Çünkü İslâm Hukuku âyet ve sünnete dayandığı için hangi âyette veya hangi hadiste bu kaidenin yer aldığını bilmemiz gerekir. Bunun için de yukarıda belirttiğimiz hadis imamları hadisleri toplamak ve bir araya getirme faaliyetine girmişlerdir.

Yine buna benzer bir faaliyet de metodoloji konusundadır. Metodoloji

konusu, İslâm Hukuku kaidelerinden daha önemlidir. Hükmü ortaya koyabilmemiz ve bir fetva verebilmemiz için metodolojinin iyi tespit edilmesi lazım. Metodolojiye *ilmi usulü fıkıh* veya *İslâm hukuk medolojisi* ismi verilmektedir. İmam Şafii, kendisi bir mezhep kurucusu ve bir hukukçu olmakla birlikte, evvela metodolojiye ait İslâm Hukuku tarihinin ilk usul kitabı olan *er-Risale* isimli kitabını yazmıştır. Bu eser türkçeye tercüme edilmiştir.[162]

Metodolojiyle ilgili kitaplardan sonra tedvin faaliyeti görülmüştür. Bu konuda Ebû Hanife'nin iki talebesi çok değerli ve unutulmaz hizmetler yapmışlardır. Bunlardan ilki Ebû Yusuf'tur. Harun Reşid'in isteği üzere yazdığı **Kitabul-Haraç** isimli,[163] devletin vergileriyle ve idaresiyle ilgili bir kitabı, güncelliğini yitirmemiştir. Diğer talebesi İmam Muhammed'dir. Hanefî mezhebinin tedvinininde büyük emeği geçmiştir. Kaleme aldığı "es-Siyerü'l- Kebir" isimli devletlerarası hukuka ait kitabı meşhurdur. Büyük hukukçu İmam Serahsi bu eseri şerh etmiştir.

Diğer mezhep müçtehitlerinin de benzer faaliyetleri görülmüştür.

4- Donma ve Taklit Dönemi

Bu ismi almasının sebebi, içtihadın yapılmadığı veya az yapıldığı, daha çok eski içtihadların taklit edildiği dönem olmasıdır. Bu dönem ile ilgili bir noktayı daha belirtmek gerekir: Donma ve taklit asrı ismini verdiğimiz bu asrın hukukçularının kalitesiz olduğu veya tenbel oldukları, söylenemez. Kanaatimizce daha önemli olan veya vurgulanması gereken nokta şudur:

Önceki asırlarda birçok içtihad yapılmış ve insanların ihtiyaçlarına cevap verecek meselelerin çözümleri yaklaşık % 90'ı nispetinde ortaya konulmuştur. Artık yeni bir içtihad yapılmasına ihtiyaç kalmamış, ya da

---

[162] Bkz. Prof. Dr. Abdülkadir Şener ve Prof. Dr. İbrahim Çalışkan, hem tercüme etmiş ve hem de tahkik yapmışlardır, Ankara, 1996, Türkiye Diyanet Vakfı y.

[163] Ebû Yusuf'un bu meşhur eserini, yanılmıyorsam, ilk defa Alman Müşterike Prof. Dr. Annemarie Schimmel tez konusu yapmış ve yayınlamıştır. Türkçe'ye tercümesi, İ. Ü. İktisat Fakültesi tarafından yayınlanmıştır. (Tercüme: Ali Özek), İst. 1970; Fransızca'ya tercümesi için bkz.: F. Fagnan: Le Livre de l'impot foncier, Paris, 1921.

çok az ihtiyaç kalmıştır. Bu sebeple bu asırda yeni konuların bulunması ve bu konulara ait içtihadlar yapılması ihtimali azalmıştır. Eğer böyle bir ihtiyaç yoksa, yani ortaya atılan ve sorulan meselelere daha önce cevap verilmişse, içtihad niçin yapılsın?

Mesela, Ebû Hanife, ibadetler konusunda binlerce meseleye cevap vermiş, yani içtihad yapmıştır. Ve bunlar da makul ise, kabule şayan ise, âyetlere, hadislere uygun ise, niçin yeni bir içtihad yapılsın? Veya, evlenme akdine ait İçtihadlar yapılmışsa ve bu içtihadlar insanlar tarafından beğenilmişse, müçtehitler tarafından tenkit edilmemişse, niçin yeni bir içtihad yapılsın? Bunlar her asrın ihtiyaçlarına uyan içtihadlar ise, bu konuda ayrıca içtihad yapmaya ihtiyaç yoktur. Çünkü, belirttiğimiz gibi, içtihad, hevesleri tatmin için veya keyif olsun diye yapılmaz. Bir problemin halli için ve insanların ihtiyaçlarını gidermek için içtihad yapılır. O sebeple donma döneminde, önceki müçtehitleri taklit edenler, yaşadıkları dönemin özelliklerinden çok, kendilerinden önceki dönemin özellikleri sebebiyle bu şekilde hareket etmişlerdir diyebiliriz.

Ancak bütün bunlara rağmen, yetenekli her kimse, her zaman her konuda içtihad yapabilir. Yani *içtihad kapısı kapanmıştır denemez.*

Yukarıda belirttiğimiz İslâm Hukukunun gelişme safhaları bazı hukukçular tarafından daha değişik safhalar şeklinde ifade edilmiştir. Hangi safhayı alırsanız alın; yukarıda verilen bilgiler her sınıflandırmada görülecektir. Bunlar herkesin üzerinde ittifak ettiği ve etmeğe mecbur olan hükümler değil, daha çok yorumlara göre yapılmış bir ayrımdır. İslâm Hukukunun gelişme seyri konusunda çeşitli araştırmalar yapılmıştır. Bunlardan bazılarına daha sonra temas etmek isteriz.[164]

---

[164] Mesela bkz.: Nebhan, 216; Cin/Akgündüz, 1/106 vd.; Akgündüz, Ahmet, *Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyatı*, Diyarbakır, 1986, sh. 7 vd.; Aydın, 46 vd.; Fendoğlu, 56 vd.

Beşinci Bölüm

BATI DÜNYASINDA İSLÂM HUKUKU ARAŞTIRMALARI

BATI DÜNYASINDA İSLÂM HUKUKU ARAŞTIRMALARI



1. Batı Dünyasında İslâm Hukuku Araştırmaları Neden Yapılır?

Öteden beri zannedildiği gibi, İslâm Hukuku, sadece Müslümanların çoğunlukta bulunduğu devletlerin ve milletlerin inceleme konusu değildir. Aksine, İslâm Dünyası dışında da hem öğretilmekte hem de araştırma mevzuu yapılmaktadır. Aşağıdaki kısa açıklama bunu bize gösterecektir.

Bilhassa **doğu araştırmacıları** (veya **şarkiyatçıların**) başlattıkları, kiliselerin öncülük ettiği ve emperyalist zihniyetlerin istifade sahası ve kaynağı olarak gördüğü bu araştırmalar, batıda yaklaşık 200 yıldır devam ediyor. Almanya, Fransa, İtalya, İspanya, Hollanda, İngiltere ve hatta Rusya'daki ilim adamları, kiliseler ve devlet makamları İslâm araştırmalarını desteklemişler ve halen de desteklemektedirler. Bu kısa açıklamamızın çerçevesinde ele alacağımız modern bir müessese de, batı dünyasındaki modern ilim araştırma merkezlerinde İslâm Hukuku araştırmalarının yapılması mevzuudur.

Batıda İslâm ve İslâm Hukuku araştırmaları, benim de katıldığım "İslâm Hukukunun Batı da Mahkemelerce Benimsenmesi" konulu ve 5 Müslüman ve 65 gayrı müslim hukukçunun katıldığı uluslararası toplantıda, Osnabrück, Federal Almanya 22-25 Ekim 1998'de birçok defalar ifade edilmiştir.

Batı dünyasında İslâm Hukuku araştırmaları neden yapılır? Batılı

Hristiyan devletler ve akademileri, İslâm araştırmalarına büyük paralar vererek neden destek olurlar? Bu desteklerinin sebebi ve gayesi üzerine çeşitli kitaplar yazılmıştır.Teferruata girmeden şunları söyleyebiliriz:

a- Bir defa batı dünyası, gerçekleri ve ilmi konuları öğrenme uğruna, "Taharri-i hakikat" uğruna neyin ne olduğunu öğrenmek için bu araştırmaları yaptırıyor. Yani Kur'ân'a ve hadislere dayalı bir hukuk sisteminin muhtevasının ne olduğunu öğrenmek istiyor. Akitler konusunda nasıl bir düzenleme getirilmiştir? Hak ve hürriyetler konusunda neler düşünülmüştür gibi mevzular, kendi devlet ve sömürge idarelerinde bilmeleri gereken bir mevzu, bir hedef olarak tesbit edilmiştir.

b- İkincisi: Batılılar, İslâm Dünyasına hâkim olmak için neyin ne olduğunu bilmek isterler. Bir diğer deyişle İslâm Hukukunun, hangi değerlere önem verdiğini, neyi nasıl düzenlediğini bilmek isterler. Böylece o dünyaya hâkim olmanın çaresini bulmuş olurlar. Meselâ, Hanefî fıkhının önemli âlimlerinden el-Mergînânî'nin meşhur "**el-Hidâye**" adlı kitabını **Charles Hamilton** adında bir İngiliz, erken bir tarihte tercüme etmiştir. Ansiklopedik boyda, kalın iki cilt halinde basılan bu eserin önsözünde mealen diyor ki:

"Ben bu kitabı tercüme ettim. Bunu Hint yarımadasında (bugünkü Pakistan ve Bangladeş'in bulunduğu yarımada) yaşayan insanlara bir ışık tutmak ve dünyada idaremiz altında bulunan (yani İngiliz sömürgesi altındaki) insanların İngilizler tarafından idaresini kolaylaştırmak amacıyla ve kraliçeme bir hizmet için yapıyorum." Çünki İngiliz kraliçesi ve idaresi bu dünyayı iyice tanırsa, oradaki hâkimiyetini devam ettirebilecektir.[165]

c- Üçüncü bir gaye ise, İslâm Hukukuna duydukları hayranlıktır. Bir diğer deyişle İslâm Hukukunu temel esasları olan Kur'ân-ı Kerîm ve hadis-i şerifler bütün beşeriyetin hayretini mucip hikmetli esaslar ihtiva etmektedir. Hikmetli olması bir taraftan kişiler ve diğer taraftan da toplum düzeni için bazı esaslar ihtiva etmesi sebebiyledir. Tanınmış

---

[165] "Avrupa devletleri şarktaki ülkelerde ve himayeleri altında bulunan memleketlerde (yani sömürgelerinde) Müslüman ahali üzerine hâkimiyetlerini tesis ettiklerinden beri bu memleketlerde gâlip olan mezheplerin fıkha dair kitapları garp lisanlarına tercüme edilmiş veya en mâruf fıkıh eserlerinin metin ve tercümeleri avrupalı âlimler tarafından neşrolunmuştur." (Goldziher, *İslâm Ansiklopedisi*, Fıkıh maddesi). Ayrıca bkz. M. Fuad Köprülü, aynı yer.

müsteşrikler ve Arapçayı çok iyi öğrenmiş olan batılı ilim adamları kanaatimce bu **hikmetli** ve **hikmetnüma** esasları hayranlıkla okumakta, öğrenmekte ve bunları kendi dillerinde yayınlamaktan geri kalamamaktadırlar. Müsteşriklerin kitaplarına baktığımız zaman bu durumu müşahede edebiliriz. Mesela Alman müsteşriki **Bergstraesser**'in, daha evvel Macar müsteşriki **Iğnaz Goldziher**, Alman **von Kramer**'in ve Hollandalı **Hurgronje** ve **Juynboll**'ün vb. eserlerine baktığımız zaman, İslâm Hukukunun ve bu Hukukunun temelini teşkil eden âyet ve hadislerin çok hikmetli esaslar ihtiva ettiğini ifade ettiklerini açıkça görürüz.[166]

Bunlardan **Goldziher**, batılı İslâm araştırmacılarının öncüsü ve babası sayılır.[167] Ölümünden sonra yayınlanan şu eserde onun bu sahadaki hizmetleri anlatılıyor: Festschrift für **Ignaz Goldziher**, c. 1, 1948). **Goldziher**, Milli Eğitim Bakanlığı'nın neşrettiği İslâm Ansiklopedisi'nde Fıkıh (İslâm Hukuku) maddesinin de yazarıdır.

2. Batı Dünyasında Bu Araştırmalar Nasıl Yapılır?

Belirtelim ki batı dünyası ilim adamları 20. Asrın başlarında Hollanda'nın Leiden şehrinde bir araya gelerek İngiliz, Fransız, Hollanda vb. Kraliyet akademilerinin mali ve beşeri destekleriyle büyük bir araştırma ve yayın faaliyetine girmişlerdir. İslâm'la ilgili bir çok araştırmanın yayınını gerçekleştirmişler ve bu araştırmalar hala da devam etmektedir. Yayınları genelde İngilizce, Fransızca ve Almanca olarak üç dilde, bazen de tek dilde yapılmaktadır.

Mesela bu yayın faaliyetlerinden biri olarak hadislerin fihristi yapılmıştır. Yani Kütüb-ü Sitte dışında İmam Mâlik'in Muvatta'ı ve Dârimi'nin Sünen'i ve İmam Ahmed'in Müsned'i, esas alarak dokuz kitaptaki hadis-i şeriflerin kelime ve özel isim endeksi yapılmıştır. Bu, dev bir çalışmadır. Bu endeksin büyük boy sekiz cilt halinde yayınlanması çok ibretli bir

[166] Mesela bkz. Goldziher, sh. 38 vd., *İslâm Ansiklopedisi*, Fıkh md. si; G. Bergstraasser, Grundzüge des Islamichen Rechts, Bearbeitet und Herausgegeben von Joseph Schacht, Berlin und Leipzig, 1921, sh. 8 vd.

[167] Bkz. Mohammedinische Studien, Halle, 2. Cilt, 1889-1890; Vorlesungen über den Islam, 1910, 1925, 2. Bası.

vakadır. Çünkü 14 asır evvel yaşamış bir Zat'ın (aleyhissalatu vesselâm) sözleri, milyonlarca dolar harcanarak ve binlerce insanın çalışmasıyla bir endeks haline getirilme lüzumu hissediliyor. Bu kitap elimizdedir ve bu endekse dayanarak birçok yabancı ve Müslüman âlim çalışmalar yapmışlardır. Bendeniz de bu endeksi kullandım ve halen de kullanmaktayım. Daha sonra bu heyete **Fuat Abdulbaki** (Mısırlı âlim) de katılmıştır. Leiden'deki Bril Yayınevi birçok çalışma daha yayınlamıştır. Bunları, bu sahanın uzmanları iyi bilmektedirler.

3- Batı Dünyasındaki İslâm Hukuku Araştırmaları Nerelerde Yapılır?

Bu araştırmalar çeşitli devletlerde, farklı isimler altında yapılmaktadır. Almanya'da genellikle *Orientalisches Seminar* ismi verilen yerlerde, İngiliz ve Amerikan dünyasında *İslâmic Studies*, *İslâmic Culture* veya *Orientalistic Researche* adı altında kurulmuş olan enstitü veya araştırma merkezlerinde yapılıyor. Fransa'da *Researche İslâmique* veya *Orientalistque* isimli yerlerde (Enstitü, Merkez vb.) yapılıyor.

Almanya, Fransa, İngiltere, hatta Amerika'da bu çalışmaların yapıldığı yerleri tesbit etmeye çalıştım. Son tesbitlerime göre sadece Amerika'da İslâm Hukuku veya İslâm Kültürü araştırması yapan yaklaşık 60 ilmi kuruluş ve merkez var. Bu sahada çalışmış olan bazı kimselerle de tanıştım. Bunlar çok iyi Arapça ve hatta Türkçe bilen kimseler. Mesela bunlardan **Prof. Dr. Ernst Klingmüller**, **Prof. Dr. Stephan Wild**, **Prof. Dr. T. Nagel** ve **Dr. Hilmar Krüger**, halen yaşayan Alman araştırmacılar ve İslâm Hukuku sahasında eser vermiş kimseleridir. Bu konuların tafsilatına girmek istemiyorum.[168]

---

[168] Son Amerika seyahatımda, Philadelphia şehrinde Tempel (özel) ve UP (devlet) Üniversitelerini ziyaretimde, bana İslâm araştırmaları yapan merkezleri gezdirdiler ve araştırmacılarını tanıştırdılar. Kütüphanelerinde, zengin arapça kaynaklar yanında Türkçe, İngilizce ve Farsça gibi dillerde birçok kitaplar da vardı. Hatta benim İslâm Hukuku üzerine olan bir yayınımı da almışlar. Ben de, son yayınım olan *Çağdaş Yaklaşımla İslâm Hukuku adlı*, 3 ciltlik kitabımı onlara hediye ettim. Bunun gibi gezip göremediğim, ancak listelerini yayınlardan tesbit ettiğim 60 kadar batılı ilmi kuruluş, İslâm Araştırmaları ve bu arada İslâm Hukuku araştırmaları yapmakta ve yüksek lisans dersleri açmaktadırlar. İslâm Dünyasındaki ilmi araştırma merkez-

4- Batıdaki İslâm Hukuku Araştırmaları ve Yayınları Hangi Alanlarda Yapılmaktadır?

Batı dünyasında senelerdir yapılagelen İslâm Hukuku araştırmaları esas itibariyle Özel Hukuk sahasında yapılmaktadır. Kamu hukuku sahasında çok az sayıda çalışan batılı ilim adamı bulunuyor. Bunlar da, daha çok, İslâm Devlet Teşkilatı, Milletlerarası Münasebetler vb. sahalara münhasırdır.

Devlet Teşkilatı sahasındaki araştırmalar ise esas itibariyle **Ebû Yusuf**'un Kitabu'l-Haraç'ı, el-**Maverd**î'nin el-Ahkâmu's-Sultaniyye'si ile **İbn-i Haldun**'un ünlü Mukaddimesi üzerinde yoğunlaşmıştır.[169]

Fakat yoğun araştırmaların yapıldığı saha Özel Hukuk, bilhassa Aile Hukuku ile Borçlar Hukuku gibi sahalardır. Hatta bu sahaların da, spesifik olarak bazı müesseseleri üzerinde yoğunlaşmışlardır.

lerine burada yer vermiyorum. İslâm Dünyasında İslâm Ekonomisi üzerine araştırma yapan büyük çaplı ilmi kuruluşların bir listesi için bkz. Servet Armağan, *Ana Hatlarıyla İslâm Ekonomisi*, c. 1, 2. baskı, İstanbul, 1996, Timaş y. sh. 28 vd; genişletilmiş baskı: İslâm Ekonomisi, İstanbul, 2003, Gündönümü y. sh..30 vd.

169 el-Mâverdi'nin bu meşhur kitabı, seneler evvel, birkaç batı diline ve Fransızca'ya tercüme ve şerh edilmiştir. Bkz. ilk önce, 1853'de Bonn'da, R. Enger tarafından "Constitutiones Polítices" adıyla yayınlanmıştır. Daha sonra Hollanda'ca (Felemenkçe) ve Fransızcaya tercüme edilmiştir. Leon Ostrorog: Traite de Droit Public Musulman, Paris, 1900-6, F. Fagnan: Les Status gouvermentaux ou regles de droit public, Alger, 1915.
Ebû Yusuf'un meşhur eseri Kitabu'l-Haraç'ı, ilk defa Alman Müşterike Prof. Dr. Annemarie Schimmel tez konusu yapmış ve yayınlamıştır. Kitabu'l-Haraç'ın Türkçe'ye tercümesi ise, İ. Ü. İktisat Fakültesi tarafından yayınlanmıştır. (Tercüme: Ali ÖZEK), İst. 1970; Fransızca'ya tercümesi için bkz.: F. Fagnan: Le Livre de l'impot foncier, Paris, 1921.

İkinci Kitap

ÖZEL BÖLÜM

Birinci Bölüm

İSLÂM ANAYASA HUKUKU

İSLÂM ANAYASA HUKUKU



A- GENEL ÖZELLİKLERİ

Şimdi İslâm Hukukunun bölümlerini biraz daha yakından görmeye çalışalım ve bazı genel hükümleri belirtelim. İslâm Anayasa ve İdare hukuku konusunda şu özellikleri belirtebiliriz:

a. *Az işlenmiş bir konudur.* İslâm Hukukunun üzerinde çok az açıklamalar bulunan, hatta en az işlenmiş bir branşıdır diyebiliriz. Gerçekten de İslâm Hukuku kitaplarına bakacak olursak, anayasa hukukuyla ilgili çok az açıklama ve kaide bulabiliriz.

b. Üzerinde *açık ve kesin nasların az olduğu bir branştır.* Yani evlenme hukuku gibi, kefalet, vekalet sözleşmeleri gibi hakkında açık nasların bulunduğu sahalara nazaran, İslâm Anayasa Hukuku üzerine daha az ve kesin olan kaideler, âyet ve hadisler vardır. Yukarıda belirttik ki, devlet ve anayasa hukuku üzerinde Kur'ân'da 30 kadar âyet vardır. Hadislerde de aynı şekilde çok az hükümler bulunmaktadır.

c. *İyiliği emretme ve kötülükten uzaklaştırma* prensibi, İslâm Anayasa Hukukunda büyük bir öneme sahiptir. Arapça tabiri ile "*emr-i bil mâruf ve nehy-i anil-münker*" ismini verdiğimiz bu prensip, anayasa hukukunda çok büyük bir yer tutar. Ayrıca İslâm Hukukuna da ilham vermiş bir kavramdır.

Anayasa veya idare hukukuna dair eserin az olmasının diğer bir sebebi de şudur: Gerçekten anayasa hukuku her gün, her an insanın başvurduğu

ve içinde olduğu bir hukuk münasebeti sahası değildir. İnsanın her gün içinde olduğu, ihtiyaç duyduğu alan daha çok medeni hukuk, borçlar hukuku, belki de ticaret hukuku bölümüdür. Ve bu bölümlere ait İslâm Hukuku kitapları çoktur.

Bu konuyu aydınlatmak için Anayasa hukuku sahasından bir misal verecek olursak: her gün bir parlamento seçimi yapılmaz. Dört senede veya beş senede bir seçim yapılır. Her gün bir devlet başkanı seçilmez. Her gün bir hükümet kurulmaz, bir hükümet bazen dört sene devam edebilir, hatta daha fazla da devam edebilir. O sebeple, günlük hayatta çok rastlanan ve çok uygulanan bir branş olmaması sebebiyle İslâm hukukçuları bu konuda fazla fikir beyan etmemişlerdir.

Belki Anayasa Hukuku'nun en çok uygulanan kısmı temel hak ve hürriyetler kısmıdır. Düşünce hürriyeti, seyahat hürriyeti, öğrenme öğretme hakkı gibi. Hak ve hürriyetler insanlara çok gerekli ve anayasa hukukunun önemli bir branşını teşkil eden konulardır. Ama bu konular yine medeni hukukun münasebetleri kadar her an her gün başvurduğumuz ve içinde olduğumuz hukuk münasebetleri manasına gelmez.

B- TEMEL ANAYASA HUKUKU KİTAPLARI

Anayasa hukuku sahasında kitapların az olduğunu söyledik. Fakat bunların içinde üç kitap ve dört âlim anılmağa değer. Bunlardan birisi, dünyadaki büyük dahiler arasında yer alan ve İslâm Hukukunda anayasa hukukunun temelini ortaya koyan el-Mâverdî'dir. Esas ismi Muhammed'dir. Abbasiler döneminde yaşamış, Şâfiî mezhebinde bir hukukçudur. Hatta "baş hâkim" (Kadı'l-kudat) unvanına sahiptir. Tefsire, fıkha dair birçok eseri vardır. Meselâ Nesaih'ul-Vüzera (Bakanlara öğütler-tavsiyeler) gibi kitapları bulunmaktadır.

Kitaplarından dünyada en meşhur kitabı ve anayasa hukuku bakımından da üzerinde en çok durulanı "**el-Ahkâmus'-Sultaniye**" isimli olanıdır. 10. Asırda yazılmış, ama çok seneler sonra, 19. Asırda meşhur olmuş bir kitaptır. Bu kitapta İslâm anayasa hukukuna ait esaslar, çok detaylı bir şekilde yer almıştır. Türkçe'ye, Fransızca'ya ve diğer batı dillerine tercü-

me edilmiş ve üzerinde şerhler yapılmış bir kitaptır. Mâverdî, dünyanın yetiştirdiği deha çapındaki hukukçulardandır. Bu kitapta bilhassa halife (devlet başkanı) nin görevleri, bakanlar, vergi mahkemeleri, ihtisap (kamu hizmetlerinin denetlenmesi) ve olağanüstü mahkemeler (mezalim) gibi konular şayân-ı hayret biçimde ve asrımızın birçok sorularına cevap verecek tarzda incelenmiş ve ortaya konulmuştur. Halen İslâm anayasa hukuku kitapları yazıldığı zaman, bu kitaba başvurmadan bir konuyu yazmak mümkün değildir.[170]

İkincisi **Ebû Y**â**l**â adlı Hanbelî hukukçusudur. Bu zat el-Mâverdî'nin yukarıda belirttiğimiz **el-Ahkamu**'**s-Sult**â**niye** adlı kitabını taklit etmiş, hatta bazı hukukçulara göre onu kopya etmiştir. Çünkü eserinin ismi ve içeriği de aynıdır.

Üçüncüsü ise **İbn-i Haldun'un Mukaddime** isimli eseridir. Büyük Tarihine giriş olarak kaleme aldığı bu eserde devletin kaynağı, toplum hayatı, toplumdaki kaideler ve hukuk kaideleri şayan-ı hayret bir titizlikle, bir hukuk felsefesi ve bir hukuk sosyolojisi abidesi halinde ortaya konulmuştur. Birkaç kez Türkçe'ye çevrilmesinin yanında, Fransızca ve diğer dillere tercümesi yapılmış bir kitaptır.

Son olarak, dahi bir âlim olan **İbn-i Teymiyye**'nin es-Siyasetü'ş-Şer'iyye adlı kitabını da zikretmek isteriz.

Bunun dışında diğer bazı kitaplar var ise de bu dört müellifi ve kitaplarını zikretmekle iktifa ediyoruz.

Burada bir kitap değil, fakat bir belge olan bir metinden de bahsetmek lazım. İslâm Anayasa Hukukunda önemli ve ilk belge olan Medine Anayasası ismi verilen belgeyi de zikretmek lazım.

Medine Anayasası adı da verilen bu belge, Müslümanlar bir tarafta, Müslüman olmayanlar diğer tarafta olmak üzere yapılan bir anlaşmanın hükümlerini ihtiva etmektedir. Bundan 14 asır evvel yapılmış bir metin olması ve devlet hayatına taalluk etmesi bakımından **İslâm'ın İlk Anayasası** ismi verilmektedir, çünkü önemli bir belgedir. Bugünkü anladığımız manada bir anayasa değildir, fakat o dönem, 14 asır evvelin

---

[170] Yukarıda bir nebze temas ettiğimiz gibi bu eser daha önce batı dillerine tercüme edilmişti. Anılan eser, Prof. Dr. Ali Şafak tarafından Türkçe'ye çevrilmiştir. İstanbul, 1972, Bedir y.

ihtiyaçlarını veya ibtidai cemiyet hayatının ihtiyaçlarına cevap vermesi bakımından ilk anayasa denilmeye layık bir belgedir. Pek çok dile tercümesinin yanında Türkçe'ye de çevrilmiştir.[171]

C- İSLÂM HUKUKUNDA DEVLET DÜZENİ

1. Giriş

"*İslâm Devlet Düzeni*" denildiği zaman genellikle farklı kavramlar kullanılmaktadır. Biz aşağıda bu kavramla neyi kastettiğimizi ve daha sonra da bu kavramın altında İslâm Hukukunda hangi esasların yer aldığını ana başlıklar halinde belirteceğiz:

İslâm'da devlet düzeni dediğimiz zaman; devletin ana çatısı, hükümet organlarının kuruluşu, bunların işleyişi ve fertlerin devlet otoritesi karşısındaki hak ve mükellefiyetlerini belirten bir kavramı anlıyoruz ki, modern hukukta da kastedilen budur.

İkincisi; İslâm Hukuku'nda devlet düzeni vardır. Böyle demekle, var mıdır, yok mudur tartışmasına girmeden kesin bir cevap vermiş oluyoruz. Çünkü İslâm Hukuku müstakil bir hukuk düzenidir. Müstakil bir hukuk düzeni olunca da elbette kendisine ait bir Devlet Hukuku ve bunun da bir düzeninin olması gayet tabiidir.

Bir diğer nokta; Hz. Peygamber'in (sallallahu aleyhi ve sellem) zamanından bugüne kadar hicri takvimle tam 1430 yıl, miladi takvimle yaklaşık 1390 yıl geçmiş bulunuyor. Bu müddet içerisinde birçok İslâm Devleti kurulmuştur. Bu kadar İslâm Devleti kurulduğuna göre elbette bunların bir devlet düzeni ve bu düzene ait hükümler de bulunacaktır.

İlk İslâm Devleti, bilindiği gibi, **Medine Anayasası** diye adlandırılan bir anayasanın yapılmasıyla ortaya çıkmış olan *Medine Devleti*'dir. Daha sonra İslâm Devleti sınırlarını genişletmiş; *Suriye*, *Irak*, *Mısır*, *Sudan*, *Habeşistan* gibi ülkelere kadar yayılmıştır. Bundan sonra tarihte yer alan bazı islâmî devletler sırasıyla şunlardır: *Emeviler Devleti*, *Abbasiler*

[171] Bu metnin tercümesi için bkz. Prof. Dr. Servet Armağan, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, sh. 213-218, 6. Baskı, Ankara, 2006, Diyanet İşl. Baş. Y.

Devleti, *Endülüs Emevileri Devleti*, ayrıca *Kuzey Afrika*'da yer almış olan pek çok İslâm Devleti (*İdrisîler*, *Sünûsiler* gibi), hatta *Selçuklu Devleti*, *Osmanlı Devleti* gibi devletler vardır. Bunların sayısında görüş ayrılıkları bulunmakla beraber, **Prof. Philip Hitti**'nin kitabında (History of Arabs) yirmiden fazla isim sayılmaktadır. Aynı eserde bu devletlerin kuruluş tarihleri ve devam ettikleri müddetler de belirtilmiş bulunmaktadır.

"İslâm Konferansı Teşkilâtı"na halen 57 devlet üye bulunmaktadır.

2. Ana Kaynaklarda Devlet Düzeni

İslâm Hukuku'nun kaynakları olan iki **ana kaynağa**, yani **Kur'ân** ve **Sünnete** bakacak olursak siyasete, anayasa hukuku bahislerine ve devletin idaresine ait hükümlerin sayısının diğer hükümlere göre çok az olduğunu görürüz. İslâm Hukuku'nda siyasete taalluk eden âyetler ancak %1'lik bir nispettedir. Bir diğer deyişle, İslâm Dininin ancak %1'i siyasete taalluk eder. Büyük kısmı itikattır, ibadettir, ahlaktır ve diğer hükümlerdir. İslâm Dininin % 1'inin siyasete taalluk etmesi, İslâm Dininin devlet düzenine önem vermemesinden değil, diğer konuların daha önemli olmasındandır. Mesela itikad konusu, veya iman ve ibadet konusu Kur'ân hükümlerinin ve hadis hükümlerinin çok büyük kısmını işgal eder. Hadis kaynaklarına ve meselâ en meşhuru olan Buhârî'ye baktığımız zaman, yüzlerce hatta binlerce hadis itikada ve ibadete aittir. Siyasetle ve devlet hayatıyla ilgili çok az hadis bulunmaktadır. Âyetler de öyledir.

Mısırlı **Prof. Abdulvahap Hallaf**'ın bildirdiği ve diğer birçok modern hukukçunun belirttiğine göre, İslâm Hukuku'nda ve Kur'ân'da 500 kadar ahkam âyeti vardır. Bunların 140'ı ibadetlerle ilgilidir. Hukuk düzeni ile ilgili olanları da 280, belki diyebiliriz ki, yaklaşık olarak 300 küsurdur. Bunların sayısı müelliften müellife değişmesine rağmen, aşağı yukarı nisbet böyledir. Bunların bir kısmı aile hukukuna ait, bir kısmı da medeni hukuka vb. Aittir. Anayasa hukukuna ait olanlar ise, 10 âyettir. Devletler Hukuku hükümleri de yaklaşık olarak 25 âyettir. Hadislerde de yine bu %1'lik nispet tespit edilmiş bulunmaktadır.[172]

---

[172] Ayrıca bkz. Yukarıda sh. 21

3. İslâm Hukuku Ana Kitaplarında Devlet Düzeni

İslâm Hukuku kitaplarında, bilhassa 12-13 asırdan beri yazılmış olan eski kitaplarda devlet düzeni ile ilgili çok az açıklamaya rastlıyoruz. Bunun sebebi, daha önce de belirttiğimiz gibi, İslâm Hukuku'nda asıl önemin itikada verilmesidir. Çünkü kişilerin itikadına ve ibadetine önem vermeyen bir devlet düzeni hiçbir zaman düşünülemez. Kişilerin itikadı, ibadeti, komşuluk ve ahlâkî münasebetleri en önemli olduğu için İslâm Dinine ait kitaplar daha çok bu konulara yer vermişlerdir. O sebeple, meşhur eski İslâm Hukuku kitaplarında, devlet düzeni, bugünkü anladığımız manada meclis, seçim, kişi hak ve hürriyetleri gibi bir başlık görülmemektedir. Meselâ İmam **Serahsî**'nin kitabında, hatta daha sonra yazılan **Kâsanî**'nin kitaplarında bu şekilde başlıklar ya hiç yoktur, ya da çok dolaylı biçimde, diğer başlıklar altında kısa açıklamalar bulunmaktadır.

4. Devlet Düzeni'ne Ait Ana Kitaplar

İslâm Hukuku'nda devlet düzeni üzerinde daha eski dönemlerde az müellif eser vermiştir. Özellikle bu konuları ele alan müelliflere yukarıda bir nebze temas etmiştik. 20. Asırda ise, bu alanda geniş yayın yapan bilhassa Mısır ulemâsı ve Suriyeli hukukçular İslâm devlet düzeni ile ilgili hükümleri anlatmışlardır. **Prof. Ali Hafif, Abdülhamit el-Mütevelli, Münir el-Beyatî, Faruk en-Nebhan** ve **Mevdudî** gibi. Bunların anlattıkları esaslar da yine **Maverdî**'den ve yukarıda saydığımız müelliflerden alınmıştır. Meselâ bunlardan **Maverdî**'nin kitabı, daha önce de söylediğimiz gibi, Fransızca ve İngilizceye tercüme edilmiş, senelerce batı dünyasında ve İslâm Dünyasında İslâm devlet düzenini izah eden bir ana kitap olarak kabul edilmiştir.[173]

D- ANAYASA HUKUKUNDA TEMEL KONULAR

Acaba İslâm anayasası hukukunda hangi temel konular yer alır? Bir defa genellikle modern anayasa hukuku kitaplarında bulunan bir ayırımı burada da yapmak isteriz. Yani ilk önce yasama, yürütme ve yargı fonksi-

---

[173] Ayrıca bkz. Sh. 211, dipnot 227

yonlarını ve organlarını ele almamız lazım. Acaba İslâm Hukukunda bu üç ana fonksiyon nasıl düzenlenmiştir ve bu konuda neler söylenmektedir?

1. Yasama Organı

Bu konuda kısaca şunları söyleyebiliriz: İslâm Hukukunda yasama organı seçilmiş bir heyetten meydana gelir. Bu heyete şûra ismi de verilmektedir. **Ehl-i şûra** veya sadece **şûra** dediğimiz bu kurum, bugünkü manada bir siyasi organ, yani bir parlamentodur.

Yasama organını halk seçer. Yasama organının görevleri şunlardır:

1- Nasların tefsiri, yani Kur'ân ve hadiste yer alan hükümlerin tefsiri,

2- Nasların tatbiki ile ilgili kanunlar yapmak, yani gerek, âyet ve gerekse hadiste belirtilen hükümlerin uygulanmasını göstermek üzere kanunlar yapmaktır.

3- Üçüncü görevi nasların temas etmediği safhalarda onların ruhuna uygun kanun yapmak. Bazen o konuda nas bulunmayabilir, yani âyet ve hadis bulunmayabilir veya açık nas bulunmayabilir. Bu sebeple o konuda yeniden bir kanun yapılabilir. Başka türlü insanlar arası münasebetleri düzenleyemezsiniz.

Bütün bu görevleri yerine getirebilmek için, yasama organı üyelerinin, İslâm Dinini çok iyi bilen, hatta bazılarına göre "**müçtehit**" seviyesinde kimseler olması gerekiyor. Bu özellik, lâik hukuk düzenine göre bir farkı da ifade ediyor. Bu kimselere "**Ehlü'l-Hall ve'l-Akd**" ismi de veriliyor. Arapça olan bu tabir, yaklaşık olarak "çözüm ehli" veya 'âkil adamlar topluluğu" anlamına geliyor.

Belirtelim ki, İslâm Hukukunda yeniden kanun yapılmaz diye bir kaide yoktur. Kanunların hepsi yapılmıştır, kıyamete kadar insanların ihtiyacına kafi gelir, şeklinde genel bir hüküm doğru değildir. Bir diğer deyişle, kaynağını Kur'ân'dan ve sünnetten almak şartıyla, yeni kanunlar yapılabilir ve yapılmıştır ve yapılmalıdır. Mesela en basit bir misal olarak, trafik konusunda bir kanun yapılması gerekebilir. Trafik düzenine ve hatta trafik muhakemesine ait birçok ihtiyaç ortaya çıkmıştır. Bunların düzenlenmesi gerekir. Sahillerin korunmasına ve temizliğine ait bir kanun yapmak yine bir ihtiyaçtır ve bu ihtiyaca cevap veren bir kanunu ortaya koyabiliriz.

Yasama organın görevleri konusunda bu üç ana noktayı belirttikten sonra, bir başka konuya geçelim. Seçmenlik konusunda açık âyet ve hadis yoktur. Bu sebeple zamana göre düzenlemeler yapılabilir. Acaba yasama organına seçilebilmek şartlar neler olabilir? İslâm hukukçuları yukarıda belirttiğimiz gibi şuraya seçilme şartları konusunda fikir beyan etmişlerdir. İslâm hukukçularının belirttiğine göre yasama organına seçilebilmenin şartları şunlardır:

1- Âdil kişi olmak,

2- İlim sahibi olmak,

3- Akl-ı selim sahibi olmak,

4- Ve diğer şartlar belirtilebilir.[174]

Kanaatimizce günümüzde bu şekilde şartlar ortaya koymanın faydası yoktur. Çünkü İslâm hukukçularının asırlar önce, Mâverdî'nin 10 asır önce koyduğu şartlar ile bugünkü şartların aynı olması düşünülemez. Bir diğer deyişle o zamanın, sayısı az, herkesin birbirini tanıdığı küçük toplumlarda kimin adil kimin adil olmadığı bilinebilirdi. İlim sahibi ya da aklı selim sahibi olup olmadığı da toplumda bilinen bir keyfiyettir. Fakat günümüzde bunu tespit etmek zordur, hem de bu kıstası ele almak uygun olmaz.

Tabii günümüzde seçim kanunları yapılmakta, yüksek seçim kurulu da çeşitli kararları ile bu kanunlara bir mana kazandırmaktadır. Aynı şeyleri İslâm Hukuku bakımından da yapmaya bir engel yoktur. Yine, adaylık konusu da bu şekildedir. Adaylığın nasıl olacağını, kimlerin aday olabileceği, adaylığa itiraz ve benzeri konularda da burada serbestçe hükümler tespit etmemize İslâm Hukuku açısından bir engel yoktur.[175]

2. Yürütme Organı

Anayasa Hukuku'nun diğer bir konusu yürütme organıdır. Yürütme organı denildiğinde devlet başkanı ve bakanlar kurulu anlaşılır.

a) **Devlet Başkanının unvanı:** Devlet başkanı konusunda İslâm

[174] Bkz. Nebhan, Muhammed Faruk, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku'nun Genel Esasları* (Terc: Prof. Dr. Servet Armağan), İstanbul 1980, Sönmez y., sh. 355 vd.; Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, 1/103, 105.

[175] Bu konuda ayrıca bkz.: Nebhan, sh. 351 vd; Fendoğlu, Hasan, 306-7

hukukçuları çeşitli tabirler kullanmışlardır. Mesela 1-halife 2-imam 3-emir'ül-mü'minin, daha sonra 4-hakan 5-padişah gibi isimlerin de kullanıldığı görülmektedir. Bir diğer deyişle devlet başkanı konusunda bir isim ittihadı yoktur. Herhangi bir ismi kullanabilirsiniz. İslâm devletinde devlet başkanı mutlaka halife ismini alacak diye bir kaide yoktur. Bazı dönemler de imam denilmiştir. Bazı İslâm devletleri dönemlerinde emirü'l-mü'minin denilmiştir. Daha değişik bir isim konulmaya da bir engel yoktur. Sanki devlet başkanının ismi, mutlaka halife olacakmış gibi bir zan doğru değildir. Tatbikatta İslâm tarihinin ilk zamanlarında **emir'ül-mü'minin** şeklinde kullanılmış, daha sonra imam, halife, padişah, hakan gibi isimler İslâm devletlerinde yer almıştır. Bunların hiçbiri İslâm Hukukuna aykırı isimler değildir.

b) **Devlet başkanının işbaşına gelmesi:** Devlet başkanı teorik olarak seçimle işbaşına gelir. Yani seçimli bir devlet idaresi düşünüldüğünü ve düzenlendiğini (yani Cumhuriyet) yukarıda söylemiştim.

Fakat belirtelim ki, İslâm devletlerinde seçim çok az uygulanmıştır; hatta 19. asrın sonlarına gelinceye kadar seçim uygulanmamış bir İslâm tarihi vardır. Bunun çeşitli sebepleri var. Bir defa anayasa hukukçuları bu konuda fazla bilgi vermemiştir. İkincisi toplumun seçime ihtiyaç duymamış olması, üçüncüsü insanların siyasete karşı fazla ilgili olmaması belirtilebilir. Ve, bunlar dışında başka sebepler de sayılabilir.

c) **Devlet başkanının seçimi,** kimin devlet başkanı olabileceği gibi konularda hukukçular görüş belirtmiştir. Acaba devlet başkanı olmanın şartları nelerdir? Yine eski İslâm hukukçularının belirttiği şu şartları sayabiliriz: 1- erkek olmak, 2- akıl sahibi olmak, 3- ilim sahibi olmak, 4- âdil olmak, 5- kabiliyetli olmak, 6- vücutça sağlam olmak, 7- Kureyş kabilesinden olmaktır.

Yedince şartta yer alan hüküm Hz. Peygamber'in bir hadisine dayanmaktadır. "*Devlet başkanları Kureyşli olmalıdır.*" mealindeki hadis, asırlarca devlet başkanı ancak, Kureyş kabilesinden olması gerektiği şeklinde yorumlanmıştır.[176] Ancak günümüzde kimin Kureyş kabilesinden oldu-

[176] Anılan hadisle ilgili bir tahlil denemesi için bkz.: M.Said Hatipoğlu, *Hilafetin Kureyşliliği,* Kitabiyat, Ank. 2005. (Ed.)

ğunu tespit zordur. Ayrıca yukarıda Marverdî'nin belirttiği şartlar dışında diğer şartların konulmasına bir engel de yoktur. Mesela adil olmak, ilim sahibi olmak gibi ispatı güç şartlar yerine, yüksek öğrenim sahibi olmak, suç işlememiş olmak gibi şartları koymak, İslâm Hukukunun temel kaidelerine aykırı olmaz.

Seçecek organa gelince: seçecek organ konusunda muhtelif fikirler vardır. Genellikle bilgili ve âkil kimseler tarafından (*Ehlü'l-Hall ve'l-Akd*) devlet başkanı seçilmelidir görüşü ortaya atılmıştır.[177] Günümüzde ise halkın oyuyla olabileceği gibi, parlamento veya devlet başkanını seçmek için ayrı bir organın kurulması yollarına da gidilebilir. Diğer taraftan seçim tek dereceli olabileceği gibi, çift dereceli de olabilir. Aynı mülahazaları, yukarıda belirttiğimiz gibi, parlamento seçimi için de söyleyebiliriz.

Devlet başkanının vazifeleri: Eski İslâm Hukuku kitaplarında çok çeşitli konularda devlet başkanına görevler verildiği görülmektedir. Günümüzde bu vazifelerin çoğunu devletin diğer kurumları yapmaktadır. Eski İslâm hukukçularının belirttiği vazifeler özetle şunlardır. 1- İslâm Hukukunu tatbik etmek 2- tanzimi tasarruflar (düzenleyici işlemler) yapmak 3- murakabe (denetleme) yapmak.

Devlet başkanının, zannedildiği gibi, mutlak bir yetkisi yoktur. Yani sınırsız, her türlü yargı denetiminden uzak bir yetki söz konusu değildir. Devlet Başkanının yetkisinin geniş olması, İslâm Hukukuyla sınırlı olması ve adalete aykırı olmaması noktasında önem kazanır. Yani ne kadar geniş yetkiniz olursa olsun, adaleti uygulama şartı ve âyeti kerimeler ve hadisler, bu geniş yetkilere büyük bir sınır getirmektedir.

Devlet başkanı azledilebilir mi? Evet, azledilebilir, buna hal' denir. İslâm hukukçuları, çok az sayıda olmakla birlikte, bu konu üzerinde durmuşlardır. Maverdi de bunlardan biridir. Acaba akli dengesi bozuk olan veya İslâm Hukukuna aykırı hareket eden ya da sefahete düşmüş olan bir kimse devlet başkanlığından azledilebilir mi? İslâm Hukukçuları bu konuya müspet cevap vermişlerdir. Nitekim Abbasiler döneminde halifelik makamından alınan, hatta kendisine ceza verilen halifeleri görülmüştür.

---

[177] Bkz. Nebhan, 407 vd.

Kural olarak İslâm'da devlet başkanı babadan oğula geçer, yani irsi monarşi şeklinde bir görüş ve teori yoktur. Ancak tatbikatta monarşik devlet şekli gelişmiştir. Devlet başkanı seçimle başa gelmelidir. Fakat dediğimiz gibi en az 12 asır, 13 asır irsi monarşi şeklinde idare edilen bir İslâm devleti hayatı gördüğümüzü belirtmeliyiz.

d) **Bakanlar kuruluna gelince:** bakanlar kurulu konusunda da âyet ve hadislerde hükümler çok azdır. Bu konuda da daha çok Mâverdî'nin kitaplarından, şu bilgileri verebiliriz:

Eski İslâm hukukçuları bakanları ikiye ayırırlar. Vezir dediğimiz bakanları ya **tefviz veziri** ya da **tenfiz** veziri şeklinde belirtmektedirler. **Tefviz veziri,** geniş yetkili, herhangi bir konu ve sahayla bağlı olmayan, bilakis çok çeşitli konularda yetkisi olan bir bakandır; ikincisi ise, yani **tenfiz bakanı** görevi sadece verilen emirleri tatbik olan bakandır. Ancak böyle bir ayrımın günümüzde fazla bir anlamı kalmamıştır. Çünkü bakanlar kurulunun kuruluşu ve vazifeleri hakkında çok çeşitli ayrımlar yapılmıştır. Bu modern ayrımları İslâm Hukukunda uygulamamıza bir engel yoktur.

e) **İmaret** konusu, devletin merkez teşkilatı dışındaki idari taksimatına verilen isimdir. Bugünkü valilik veya kaymakamlıklara veya taşra teşkilatına verilen bir isimdir. Bu konuyu da sadece belirtmekle yetinelim[178]

3. Yargı Organı

Yargı organı konusunda İslâm hukukçularının bir çok açıklamaları vardır, çünkü insanlar arası hukuk ihtilaflarına ait bir organdır. Yargı organıyla ilgili olarak âyetlerde hükümler vardır. Misal olarak Nisa sûresinin 58, 126 ve 134. âyeti verilebilir. Hadislerde ve bu arada Mecelle'de de yargıyla ve hâkimlerle ilgili çeşitli hükümler bulunmaktadır.

Hâkim olabilmenin şartları arasında yine İslâm hukukçularının, bil-

[178] Bu konularda ayrıca bkz.: Nebhan, Muhammed Faruk, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku'nun Genel Esasları* (Terc: Prof. Dr. Servet Armağan), İstanbul 1980, Sönmez y., sh. 511. Prof. Dr. H. İbrahim Hasan, *İslâm Tarihi* adlı değerli kitabı (Çev.: İsmail Yiğit-Sadreddin Gümüş), İstanbul, 3. baskı, 1991, Kayıhan y. İslâm İdare mekanizmasına ait kurum ve kuruluşlarının tarih boyunca gelişimini güzel anlatmış.

hassa eski İslâm hukukçularının belirttiğine göre şunlar vardır. 1-Erkek olmak 2-bâliğ olmak (yani bugünkü manada reşit olmak) 3-akıl sahibi olmak 4-Müslüman olmak 5-âdil olmak 6-havassının yani organ kabiliyetlerinin ve sezgilerinin yerinde olması 7-ilim ve olgunluk.

Sadece erkekler hâkim olabilir şeklinde bir görüş var ise de, bu görüşün dayanağı açık ve kesin değildir, bu sebeple karşı görüşler de vardır. Mesela Hanefî mezhebinin içtihadlarına göre, şâhitliğinin kabul edildiği yerlerde, kadınlar da hâkim olabilirler. Tartışmalı olan bu konuda İslâm Hukuku kitaplarında açıklamalar vardır.[179]

Genellikle İslâm hukukçuları hâkimleri şu ayrımlara tabi tutmuşlardır: Birincisi *Genel Hâkimler*: Yani her türlü davaya bakan hâkimler, ikincisi *muayyen bir yere ve konuya bağlı olan hâkimler*, üçüncüsü *muayyen bir meselede yetkili olan hâkimlerdir.*

Günümüzde bu ayrımın fazla bir anlamı yoktur. Çünkü genel hâkim yani hem hukuk, hem ceza, hem idare davaları, hem mali konulara bakan bir hâkim günümüzde düşünülemiyor ve böyle bir yetki söz konusu değil, ancak hukuk tarihi açısından bütün bu esasların önemi var. Zaman zaman çeşitli dönemlerde bir kimsenin hukuk hâkimi olarak faaliyet gösterdiği, belli bir seneden sonra ceza hâkimi olarak ve hatta daha sonra vergi hâkimi olarak görev yaptığı görülmektedir.

Burada yargı konusunda iki değişik özelliği belirtmek isterim. Birincisi **Velâyetü'l-Mezâlim**, ikincisi **ihtisap** konusudur.

4. Velâyetü'l-Mezâlim

Yargı organıyla ilgili olarak İslâm hukukçularının üzerinde durduğu bir konudur. Velâyetü'l-Mezâlim yargı organı içinde yer alan bir mahkeme çeşidi olup, görev sahası, diğer mahkemelerin bakmaktan çekindiği veya bilgilerinin kafi gelmediği davalardır. Ayrıca devlet başkanı tarafından özel olarak tayin edilen bir kimsenin yargı faaliyetlerini ifade eder. Mezâlim yargısı konusu ilk defa Hz. Ali (radıyallahu anh) tarafından uygulanmıştır. Hz Ali, ilim sahasında yüksek bir dehaya sahip olduğu için insanlar hukuk

[179] Mesela bkz.: Bilmen, 8/214; Nebhan, 654-5.

ihtilaflarını kendisine getirip, gönüllü olarak onun fetvasını veya kararını alıyorlardı.

Hz. Ali döneminden sonra Abbasiler döneminde de görülmüş olan bir muhakeme çeşididir. Burada önemli olan, Mezâlim yetkisine sahip olan kimsenin, diğer hâkimlerden daha bilgili, daha kabiliyetli ve daha cesur olmasıdır. Günümüzden misal verecek olursak. Mesela devlet içine yerleşmiş bulunan çetelerin üstesinden gelme konusunda cesur bir hâkime ihtiyaç vardır. Yine çok çetrefil, hukuki bakımdan çok karışık olan konularda faaliyet yapacak olan bir kimsenin de hukuk bilgisinin çok iyi olması, hatta Mâverdî'ye göre İçtihad yapma kabiliyetinde olması, yani müçtehit derecesinde bilgili olması gerekir. Ancak böyle bir kimsenin bu çetrefilli ve karışık konuyu çözebilir olduğuna inanılmaktadır.[180]

5. İhtisap

İhtisap, yeni bir kamu hizmeti ihdası (kurulması) ve mevcut kamu hizmetinin murakabesi (denetlenmesi) demektir. İhtisap, İdare hukuku sahasında ve kısmen de yargı organı sahasında söz konusu olan bir kavramdır. Aşağıdaki misallerden bu daha iyi anlaşılacaktır.

İhtisap yetkisine sahip olan kimseye **muhtesip** denilir. Muhtesip insanlar arasında, kişi hakları ile Allah'ın haklarını kontrol eden, bu konuda bir görevi olan bir kimsedir. Misal: mesela çarşı ve pazarların kontrolü, fiyatların kontrolü, kalitelerin kontrolü, sağlık kuruluşlarının kontrolü, eğitim kuruluşlarının kontrolü, dinî hukukun ve eserlerinin kontrolü, vaiz, imam hatip ve Kur'ân Kurslarının kontrolü gibi.

Görüldüğü gibi sahası çok geniş, bugünkü idare hukuku sahasında faaliyet gösteren kamu görevlilerinin sahasına benzer bir faaliyettir. İhtisap sahasında faaliyet gösteren muhtesip, hem bu konularda araştırma ve denetleme yapacak, arkasından karar verecek, hem de kararını uygulayacak bir kimsedir. Bir diğer deyişle, o, karar verme ve uygulama kabiliyeti olan bir kimsedir. Tabii, uygulayabilmesi için ve hatta karar verebilmesi için, o konuları iyi bilmesi lazım. İslâm amme hukukçula-

[180] Bu konuda yayınlanmış şu monografimize bkz: *İslâm Hukukunda Olağanüstü Yetkili Bir Mahkeme*, Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul, 1979, sh. 97-119, İHFY.)

rı bu konuda çok ayrıntılı şartlar ileri sürmüşlerdir. Bunların dışında muhtesip olan kimselerin İçtihad derecesinde bilgi sahibi olmasını şart koşmaktadırlar. Muhtesip hem karar verir hem de uygular. Evet aldığı kararlara karşı gelene cebri icra yetkisi, müeyyide uygulama yetkisi vardır. Mesela fırınların kontrolünde eksik gramaj ekmek tespit ederse, ekmekleri müsadere etme, hamam veya benzeri, toplumun sık gidip geldiği yerlerin sağlık şartlarına uygun olmaması halinde kapatma, imamların hatalı vazife yapması, Kur'ân'ı yanlış öğretmesi durumunda imamı görevden alma ve ceza verme vb. yetkisi vardır. Hatta kendisine karşı gelme durumunda yanındaki yardımcılarına emredip, emre karşı gelen kimseyi cezalandırma yetkisi bile vardır. Bu konuda yanında yardımcılar da olduğu ve sopalı ve silahlı kimselerin bulunması gerektiğini de Maverdi kitabında belirtiyor.

Muhtesip olmanın şartları: Bir defa, İslâm Hukukunu bilmek, ikincisi adil olmak, üçüncüsü devlet başkanı tarafından tayin edilmektir.

Yukarıda dediğimiz gibi, ihtisap faaliyeti kamu hizmetlerinin düzgün işletilmesi ve mevcut kamu hizmetlerinin murakabesi manasına geliyor. Bugünkü modern hukukta, Zabıta (kolluk) memurları ve nispeten icra memurları ve savcının görevini ihtiva eden bir faaliyettir.

Belirtelim ki Osmanlı imparatorluğu döneminde de ihtisap faaliyeti görülmüştür. İhtisap faaliyeti gösteren kimseye de **ihtisap ağası** ismi verilirdi. Bunlara çarşı pazar kontrolü ve karşılığında vergi toplama görevi de verilmişti. Bu vergilerin bir kısmı onların maaşını teşkil ediyordu. Verginin miktarını devlet belirlemekte, ihtisap ağaları da görevlerini yapmaktaydılar. Mesela İstanbul'un Galata bölgesinde ihtisap ağaları bulunmaktaydı. Zaman içinde bu ağalar görevlerini kötüye kullanmışlar ve çeşitli su-iistimallere sebep olmuşlardır. Muhtesip haksız satış ve davranışları kontrol eder. Vergi toplama konusunda kul hakkıyla ilgili olabilecek her şeye müdahale edebilir.

İhtisap konusunda çok az eser vardır. Bunlardan üç müellifi seçebiliriz. Bunlardan biri **eş-Şeyzeri** isimli müelliftir. Abbasiler döneminde yaşamış olan bu müellif İslâm Hukukunda ihtisap konusunda en derli toplu kitabı yazmıştır. İkincisi **İbn-i Uhuvve**'dir. Her mezhebe göre

kollukla ilgili meseleleri kapsayan kapsamlı bir kitap yazmıştır. Üçüncüsü **İbn-i Teymiyye**'nin ihtisap diye ayrıca üzerinde durduğu bir araştırması (monografisi) bulunmaktadır.

6. Temel Hak ve Hürriyetler

Eski İslâm Hukuku kitaplarında temel hak ve hürriyetler üzerine açıklamalar, yok denecek kadar azdır. Çağımızda da bu konuda eser bulmak zordur ve daha çok, bazı temel haklar ile ilgili açıklamalara rastlıyoruz. Biz bu konuda, bütün temel hak ve hürriyetlerini, 1982 Anayasa sistematiği ile açıklayan bir çalışmamızı yayınlamış bulunuyoruz.[181]

Burada kısaca şunu söyleyebiliriz: Modern anayasalarda ve uluslararası andlaşmalarda sayılan ve düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin büyük kısmı, İslâm Hukukunda da düzenlenmiştir.

Kısa Bir Bibliyografya:

Son olarak kısaca bir bibliyografya vermek istiyorum. İslâm Hukuku üzerine bibliyografya çoktur. Ancak benim aşağıda sıralayacağım kitaplar Anayasa Hukuku ve özellikle İslâm devlet düzeni ile ilgili olan ve bu konuda genel bilgiler ihtiva eden kitaplardır. Bu kitapları Türkçe olarak veriyorum. İsteyenler bu kitapların dipnotlarından veya arkalarındaki listede bulunan kitaplardan da istifade edebilirler.

(Burada verilen kaynaklar, bibliyografya kısmına aktarılmıştır. Ed.)

---

[181] Bkz. Prof. Dr. Servet Armağan, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, 6. bası, Ankara, 2006, Diyanet İşleri, B. y.

İkinci Bölüm

İSLÂM CEZA HUKUKU

İSLÂM CEZA HUKUKU



A- GİRİŞ

İslâm Ceza Hukukuna, fıkıh ıstılahında **ukubât** ismi verilir. Daha doğrusu, ukubât en çok kullanılan isimdir. Ayrıca **cinayat**, **kısas**, **diyât** isimleri de verilmektedir.

B- GENEL ÖZELLİKLER

İslâm ceza hukukunun genel özellikleri şunlardır:

1- Ceza hukuku, İslâm Hukukunun **çok incelenmiş** bir bölümüdür. Çünkü bir taraftan Allah'ın, diğer taraftan kulların haklarını ihtiva eder ve onlarla ilgilidir. Kamu hukukuyla ilgili bir bölüm olarak geniş çapta incelenmiştir ve çok geniş kaynağı bulunan bir hukuk branşıdır.

2- *Kur'ân'da ve sünnette çok az suç ve ceza tespit edilmiştir.* Bunlara da **had** (çoğulu **hudûd**) denmektedir. Geri kalan suçlar ve cezalar ise -ki, onlara da tazir denir- zamanın şartları ve idarecilerin takdirine bırakılmıştır. Yani Kur'ân'da belirtilmeyen bir suç, diyelim ki evrakta sahtekarlık, zamanın seyri içinde idareciler tarafından düzenlenen bir suçtur ve cezası tespit edilir. Trafik suçu yine zamanla idarecilerin ortaya çıkardığı bir suçtur ve cezası belirtilir. İşte böylece zamanın şartları ve idarecinin takdirine bağlı ceza ve suç politikasına **tazir** ismi verilir.

İslâm Ceza hukukunda cezalar nelerdir? Bu konuda Allah'ın haklarıyla ve kulun hakları konusunda bir ayrım yapmak lazım. Allah'ın hakları

sayılan hususlardaki cezalara "hudud" ismi verilir. Kulların hakları ile ilgili cezalara ise, kısmen **hudûd** kısmen de **tazir** ismi verilir.

Had demek önlemek demektir, sınır demektir. Terim olarak ise 'Allah'ın hakkı olarak yerine getirilmesi gerekli bulunan ve sınırları belli suçlar ve cezaları'dır. Bunlar yedi tanedir: 1-hırsızlık, 2-yol kesicilik ve eşkiyalık, 3-zina, 4-kazif, 5-içki içmek, 6-ridde, ve 7-isyandır. Bu yedisi, Allah'ın haklarına karşı işlenmiş bir suç kabul edilir ve mutlaka cezası verilmelidir. Kur'ân-ı Kerîm'de bu suçlar belirtildiği için biz bunları değiştiremiyoruz ve verilen cezaların yerlerine de başka bir ceza koyamıyoruz.

3- Diğer taraftan **af ile bu suçlar ortadan kalkmaz** ve cezası da ortadan kalkmaz; yani ilgili kimse affetse bile bu suçların cezası ortadan kalkmaz, uygulanır. Mesela bir zina suçunda zinaya muhatap olmuş bir kadın, ben zaniyi affettim demesiyle, zani'ye yani zinayı yapan erkeğe ceza vermekten vazgeçilmez. Bu konu hassasiyetle belirtilmesi gerekli ve özellik teşkil eden bir noktadır.

C- İSLÂM HUKUKUNDA CEZALAR

Sözün burasında İslâm Hukukunda cezalar konusunu da kısaca ele almakta fayda vardır. Şöyle ki: İslâm Hukukunda cezalar bir açıdan üç kısma ayrılır:

Bunlardan **birincisi hudûd** ismi verilen kısımdır. Bu kısım Allah'ın haklarına karşı işlenmiş suçlara karşı verilen cezalardır. Bu cezalar Kur'ân-ı Kerîm'de belirtilmiştir. Suçun kendisi ve bu suça verilecek ceza da Kur'ân-ı Kerîm'de açıkça belirtilmiştir. Mesela hırsızlık suçu ve cezası Kur'ân-ı Kerim'de açıkca yer alıyor. Bu suçun cezası aşağıda da belirtileceği üzere el kesmedir. Bu cezalarla ilgili tafsilat aşağıda verilecektir.

İkincisi kısas'dır. Kısas, yapılan fiili aynıyla iade etmek manasına gelir. Bir diğer deyişle esas manası kesmek ise de, hukuk terimi olarak yapılan fiile karşı ceza olarak aynı fiili iade etmek manasına gelir. Mesela adam öldürme cezasının suçunun cezası idamdır, yani katili öldürmektir. Bu kısım kul haklarına karşı işlenen suçlarda sözkonusu olur. Ve yapılan fiilin aynısını iade şeklinde ceza verilir.

Üçüncü kısım ise, tazir adı verilen kısımdır. Tazir, ilk iki cezanın dışında kalan ve devlet idaresinin suç politikası olarak kabul ve tatbik ettiği cezalardır. Bugünkü laik ceza sisteminde görüldüğü gibi, çeşitli cezalar vardır. Mesela söz gelişi Suudi Arabistan da uyuşturucu kullanan, satan, aracılık yapan kimselere idam cezası kabul edilmiştir. Buna İslâm Hukuku açısından hiçbir engel yok: yani idam cezası birinci ve ikinci grupta yer alıyor, ama üçüncü grupta da yer almasında bir engel yoktur. Aynı şekilde diğer suçlarda da ölüm cezası uygulanabilir. Mesela evrakta sahtekarlık cürmü için herhangi bir ceza, herhangi bir miktarda, bir sene, beş sene veya daha kısa süreli cezalar düzenlenebilir ve verilebilir.

D- HAD'DE (VEYA HUDÛD) TABİÎ SUÇLAR VE CEZALARI

Bu kısa açıklamayı yaptıktan sonra haddi gerektiren suçları ve cezaları biraz daha yakından görelim. Yukarıda belirttiğimiz gibi bu suçlar yedi suçtur.

1- **Hırsızlık (Sirka-Serika)**: Kur'ân-ı Kerîm'de Maide sûresi 38. âyette belirtilmiştir. Şöyle denilmektedir:

"*Erkek hırsızla kadın hırsızın- o irtikab ettiklerine bir karşılık ve ceza ve Allah'tan (insanlara) ibret verici bir ukubet olmak üzere- ellerini kesin.*"

Hırsızlık suçunun mühim bazı unsurları vardır. Burada onları belirtmekte fayda var. **Birincisi** çalınan malın **muhrez** olması gerekir. Muhrez demek, muhafaza altında demektir. Yani muhafaza altında olmayan, açıkta bulunan, herkesin alıp götürebileceği bir malın alınması hırsızlık suçunu oluşumuna sebep olmaz. Tabi hırsızlık suçunun cezasını veremeyiz, ama başka bir suç olabilir, mesela bir gasp suçu veya benzeri bir suç olabilir. Bunlar da hadde tabi bir ceza ile cezalandırılmaz, yani fâilin eli kesilmez, fakat devletin koyduğu diğer bir ceza ile cezalandırılır.

İkinci unsur, çalınan şeyin, mal kabul edilen bir şey olması ve o malın belli bir değere sahip olması gerekir. Meselâ alkollü içkiler İslâm Hukukunda "**mal**" sayılmazlar. Bu sebeple çalınması halinde, hırsızın eli kesilmez. Ayrıca, çalınan şeyin asgari bir değere sahip olması da gereklidir (Hanefî mezhebinde en az 10 dirhem). Malın değerinin en az ne kadar

olacağını kanun yapanlar takdir eder. Bu da yine Kur'ân-ı Kerîm'de belirtilmemiştir, fakat devlet politikası olarak içinde yaşanan toplumun ölçülerine göre belirlenebilir.[182]

Üçüncüsü, hırsızın hırsızlık suçunu işleme kastı olmalıdır.

Görülüyor ki İslâm ceza hukuku sahasında konulmuş olan bazı kaideler, aynen laik hukuktaki kaideler gibidir. Kast, yani manevi unsurun aranması, maddi unsurunun ve suçun kanuni unsurunun aranması gibi. Bir diğer benzerlik de, gerek failin savunması, gerekse ispat vasıtaları hemen hemen laik hukuk ile bazı farklar dışında aynıdır. Yoksa çok defa zannedildiği gibi mesela hırsızlık suçunun cezasını, malı çalınan kimse uygulayamaz. Zanlı, adalete teslim edilecek, yine savunma alınacak, ispat edilecek, şahitler vs. dinlenecek, ancak ondan sonra gerekli ceza uygulanabilecektir.

Bu suçun cezası Kur'ân-ı Kerîm'de, yukarıda işaret edilen, Mâide sûresi, âyet, 38 de belirtildiğine göre 'el kesmek'tir. El kesmekle ne kastedildiği mezheplere göre değişiktir. Çoğu mezheplere göre el bilekten, bazılarına göre omuzdan, bazılarına göre ise parmaklardan kesmek olarak kabul edilmektedir.[183]

Cezayı devlet verir, yani kişiler kendisi ceza veremez. Çünkü şahsi cezalandırmalar haksızlıklara veya diğer birtakım intikamlara sebebiyet verecektir.

2- İkinci suç **yol kesicilik**, eşkiyalık, silahlı gasp, soygun diye adlandırabileceğimiz bir suçtur. Buna **Kat'ut-Tarik** veya **hirâbe** ismi de veriliyor. Kur'ân-ı Kerîm'de Mâide sûresi 33. ve 34. âyette belirtilmiştir.

"*Allah ve Resûlüne (müminlere) harp açanların, yeryüzünde (yol kesmek suretiyle) fesadçılığa koşanların cezası, ancak öldürülmeleri, asılmaları, yahut (sağ elleriyle (sol) ayaklarının çaprazvari kesilmesi, yahut da (bulundukları) yerden sürülmeleridir..*"

Bu suç (Kat'ut-Tarik), lâik hukuk terminolojisindeki "muhtelit suçlar" a benzer. Yani bu suçun içinde birkaç suç nevinin unsurları ve özellikleri bulunmaktadır. Mesela açık mahallerde yol kesmek, silahlı gasp yapmak,

---

[182] Bkz. Bilmen, 8/282-3; Ali Şafak, 162-3. Ayrıca bkz. Akşit, Cevat, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, İstanbul, 1976, sh. 41 vd. Aydın, Âkif, sh. 188.

[183] Bkz. Bilmen, 3/282-3; Ali Şafak, 162-3.

soygun gibi fiiller bu suçun içine girer veya bu suçun muhtelit bir suç olduğunu gösterir. Bu suçun adam öldürme suçuyla birlikte işlenmesi de mümkündür. Bu takdirde hem adam öldürme suçu, hem de yol kesicilik suçunun cezası söz konusu olur.

Bu suçun cezası faili öldürmektir. Ebû Hanife'ye göre kendisi adam öldürmemişse, fail öldürülmez. Diğer müçtehitlere göre fâil asılır. Bazı hukukçular ise, suç şehir içinde işlenirse öldürülür, bazı durumlarda da sürgündür demektedirler. Verilen zararın cezalandırma açısından ölçüsü ve önemi yoktur.[184]

3- Üçüncü suç **zina** suçu. Zina suçu yine Kur'ân-ı Kerîm'de belirtilmiştir. Bu konuda özellik olarak şunları belirtebiliriz. Erkeğin zinası ile kadının zinası arasında şu kısa ayrım yapılmaktadır:

Erkeğin zinası: evlilik, şüphe ve mülkiyet dışında bir kadınla cinsi münasebet zina teşkil eder. Burada mülkiyetten maksat cariyelerdir. Bir kimsenin kendi cariyesiyle cinsi münasebet yapması zina kabul edilmiyor. Onunla evlilik münasebeti olmamasına rağmen, cariyeler mal kabul edildiği için, onunla cinsi münasebet zina suçunun teşekkülüne sebep olmuyor.

Kadının zinası ise, bu fiile rızasıyla fırsat vermesi demektir. Yani teşebbüs kendisinden gelmese bile, erkeğin zina yapmasına razı olması ve fırsat vermesi zina suçunun oluşumu için yeterlidir.[185]

Zina suçunun cezasına gelince: bu konuda İslâm Hukukunda bir ayrım yapılmaktadır. Bu ayrımda zina suçunu muhsen veya gayri muhsen kişiler tarafından işlenmiş olmasına göre değişir.

Muhsen demek, evlilik içi birleşme yapmış ve Müslüman olan kişi demektir. Yani daha önce bir evlilik içi birleşme yapmış, cinsi münasebet hayatı görmüş ve buna rağmen evli olmadığı bir kişi ile, zina yapan kimse demektir. Kısacası evli kimsenin zinasıdır. Cezası Kur'ân-ı Kerîm'de değil hadislerde belirtilmiş ve cezası **recm** ismi verilen, ölünceye kadar taşlanmaktır.[186]

---

[184] Bkz. Bilmen, 3/289; Ali Şafak, 162-3.

[185] Bkz. Bilmen, 3/203; Ali Şafak, 162-3; Karaman, 129.

[186] Bkz. Bilmen, 3/199; Ali Şafak, 162-3. Bu konudaki hadis için bkz. Müslim, *Hudud*, 12-4;Ebû Davud, *Hudud*, 23; Tirmizî, hudud, 8)

Gayri muhsen ise, evlilik içi birleşme yapmamış ve müslüman olanların zinasıdır. Cezası Kur'ân-ı Kerîm'de belirtilmiştir. Bu âyete göre kendisine 100 değnek vurulur: "*Zina eden kadınla zina eden erkekten her birisine yüzer değnek vurun..*" (Nur, 2)

Zina suçunun ispatı için dört erkek şahit gerekir. Nisâ Sûresi, 15. âyette şöyle buyurulmaktadır:

"*Kadınlarınızdan fuhşu irtikâp edenlere karşı içinizden dört şâhit getirin. Eğer şehadet ederlerse- onları ölüm alıp götürünceye, yahud Allah onlara bir yol açıncaya kadar- kendilerini evlerde alıkoyun (insanlarla ihtilattan men' edin).*" (Nisâ, 15)

Ayrıca "*Zevcelerine zina isnâd edip kendilerinin kendilerinden başka şâhitleri bulunmayan kimseler(e gelince): onlardan her birinin (yapacağı) şâhitlik, kendisinin hakikaten sadıklardan olduğunu Allah'a yemin (ile) dört (def'a ifade ve tekrar edeceği) şâhitlikdir.*" (Nûr, 6) buyurulur.

Bazı mezheplere göre ayrıca sürgün cezası da verilir. Görülüyor ki bir ayrım söz konusu. Bu ayrımın hikmetleri ceza hukuku kitaplarında belirtilmiştir.[187]

Kısaca şunu da söyleyelim. Birinci gruba giren muhsen olan kimselerin cezası daha ağırdır. Çünkü zaten bir cinsi münasebet hayatı görmüş ve böyle olmasına rağmen tekrar kendisinin evli olmadığı bir kimseyle cinsi münasebete teşebbüs etmiştir. İkinci grupta ise böyle bir hayatı olmamış yani hislerine mağlup olması nisbeten kolay olan ve benzeri durumlardaki kimselerin zina suçu veya cinsi münasebete teşebbüs etmesi biraz daha hafif kabul edilmiştir.[188]

Yine belirtmek gerekir ki, suçun cezası ağır olduğu nispette onun

---

[187] Ayrıca Hasan Basri Çantay'ın *Kur'ân Meali*'nde yukarıdakı iki âyetin dipnotlarına bkz. Zina suçunun işlenmesine götüren veya o suçu hazırlayan durumlar da *İslâm Ceza Hukuku* kitaplarında ele alınmıştır. Bunlardan biri de, bir kadın ile bir erkeğin, gözlerden uzak ve kimsenin görmediği bir yerde baş başa kalmalarıdır. Hz. Peygamber (aleyhissalatu vesselâm), bu şekilde bir beraberliği yasaklamıştır, çünkü bu durum zinaya yol açabilir: Hz. Peygamber şöyle buyuruyor: "Sizlerden biriniz *nikâh*lı olmadığı ve *nikâh*ı kendisine helâl kadınlarla yalnız, baş-başa bir halde kalmasın. Çünü bu takdirde, üçüncüleri şeytandır." (Buhârî, *Nikâh*, 111-2: Müslim, *Hacc*, no. 2424; Tirmizî, *Kaza*, 16; ve *Fiten*, 7;) Ayrıca bkz. Mu'minun Sûresi (23), 5-7. âyet.

[188] Ayrıca bkz. Bilmen, 3/210; Ali Şafak, 162-3.

meydana gelme ve ispat edilme şartları da ağırdır, yani zorlaştırılmıştır. Mesela Kur'ân-ı Kerim dört erkek şahidin varlığını şart koşmuştur. Yani dört erkek kimsenin, failin bir kimse ile zina yaptığını görmüş olması lazım. Bu durum, hemen hemen aleni olarak zina yapmaya eşittir.

Zina suçunun dolaylı bir cezası da şudur:

"*Zina eden erkek; zina eden veya müşrik olan kadından başkasını nikâhlamaz. Zina eden kadını da zina eden veya müşrik olan bir erkekden başkası nikâhlamaz Bu (suretle evlenmek) mü'minler üzerine haram kılınmışdır.*" (Nûr, 3)

4- Dördüncü suç **kazf**: Bu suç namuslu kadınlara zina isnadı veya neseb-i sahih olmadığı isnadıdır. Yani namuslu olan kadınlara, bir başka kimse, zina yaptığını iddia ederek iftirada bulunuyor veya nesebi sahibi olmayan bir çocuk doğurduğunu söylüyor. Bu demektir ki o kadın zina yapmıştır.

Kur'ân-ı Kerîm'in Nûr sûresi 4-5. âyetinde bu suç ve cezası ifade edilmiştir:

"*Namuslu ve hür kadınlara (zina isnadiyle) iftira atan, sonra (bu babda) dört şahit getirmeyen kimselerin her birine seksen değnek vurun. Onların ebedi şâhitliklerini kabul etmeyin. Onlar fâsıkların ta kendileridir.*"

Bu suç ve cezada namuslu kadınların ırz ve namuslarını koruma amacı söz konusudur. Nûr Sûresinin ilgili ayetlerinin inzal (geliş) sebebi Hz. Aişe'ye iftira edilmesi hâdisesidir. (İlgili âyetin tefsirine bakılabilir). Bu suçun cezası 80 kırbaçtır. Kazifte bulunan, kasıtlı ise, hiçbir zaman şahitliği kabul olmaz. Yani 80 kırbaç ceza verme yanında daha sonra, ebedi olarak şahitliği de kabul edilemez. İslâm hukukçularının büyük çoğunluğuna göre af ile cezası düşmez.[189]

5- Beşincisi **içki içmek** (**şirbu'l-hamr**) suçu: Bu suç Kur'ân-ı Kerîm'in Maide sûresi 90. âyetinde yer almıştır:

"*Ey iman edenler, içki içmek.. ancak şeytanın amelinden birer murdardır...*"

---

[189] Bkz. Bilmen, 3/229; Ali Şafak, 162-3.
Ayrıca özellikle şu makalemize de bkz.: *İslâm Hukukunda Namuslu Kadınlara İftira Cürmü*, İHFM, 39/1-4.

İçki içmenin cezası hadislerde belirtilmiştir. Peygamber Efendimiz, cezanın 40 değnek veya kırbaç olduğunu söylemiştir. Cezasının kişilere göre farklı olması, zaman zaman devlet başkanlarının yetkisi ile farklı cezalar uygulanmasıyla olmuştur. Burada belirtelim ki içkinin yasaklanması, Kur'ân-ı Kerîm'de birkaç sûrede ve birkaç âyetde görülmektedir. Evvela içkiden uzak durulması, ondan sonra diğer caydırıcı kaideler konulmak suretiyle içki içme suçu ortaya çıkmıştır. En sonda kesin olarak içkinin içilmemesi belirtilmiştir. Çünkü diğer suçlarda bu durum görülmüyor, fakat içki içmek çok alışkanlık haline geldiği ve topluma yerleşmiş bir kötü davranış olduğu için bunun birden bire, bugünden yarına kaldırılması söz konusu değildir, aynen köle ticaretinde olduğu gibi.[190] (Bkz. Bakara Sûresi 219-220; Maide, 91, Nahl, 68).

6- **İrtidat (ridde)** suçudur. **İrtidat**, İslâm Dininden çıkma suçu demektir. Kur'ân-ı Kerîm'de Bakara sûresi 217. âyette yer almıştır:

"*İçinizden kim dininden döner de o, kâfir olarak ölürse (o gibilerin) yaptığı işler dünyada da ahirette de boşa gitmiştir. Onlar o ateşin (cehennemin) arkadaşlarıdır. Onlar orada (bir daha çıkmamak üzere) ebedi kalıcıdırlar.*"

İrtidat, Müslüman olan bir kimsenin İslâm Dininden çıkması demektir ve dinden çıkan kimseye **mürted** ismi verilir. Mürted, Türkçemizde dinsiz, günahkarlar için de kullanılır, ama esas ıstılah olarak manası, müslümanın İslâm Dininden çıkmış olanıdır.

İslâm Dininden çıkma, ya sözle ya da fiille söz konusu olur. Şahsın, sözle kendisinin İslâm Dininden çıktığını Kur'ân-ı Kerîm'i ve hükümlerini, peygamberin beyanlarını kabul etmediğini, onların dışına çıktığını vb. hususları açıkça herkesin huzurunda, şahitlerin huzurunda söylemesi demektir. Fiilî çıkma ise, İslâm Dininin hükümleri veya idaresinin dışına çıkması demektir.

İrtidat suçunun cezası hadislerle belirtilmiştir. Hz. Peygamber (sallallahu aleyhi ve sellem) "*Dininden çıkanı öldürün.*"[191] buyurmuştur. Ebû Hanife'ye göre kadın ise hapsedilir, böylece tekrar İslâm Dinine dönmesi yolu açık

[190] Bkz. Bilmen, 3/250; Ali Şafak, 162-3.

[191] Bkz. Tirmizî, *Hudud*, 28-nr.1485. *Fiten*, 1; Ayrıca Buhârî, *Cihad*, 149; Tirmizî, *Hudud*, 25; İbn-i Mace, *Hudud*, 2; Müsned, 1/217, 282, 322 ve 5/231. Bu hadisle ilgili bir yorum için bkz.: Güneş, *Hoşgörünün Hukuki Temeli,* 151-183.

bırakılır. İslâm devletlerinde, bazı kabilelerin dinden çıkması üzerine bu suçun cezası uygulanmıştır. Bilhassa siyerle, İslâm tarihi ile ilgili kitaplarda ve mürted konularını inceleyen kitaplarda bunlar kaydedilmiştir.[192]

7- Yedinci suç **isyan suçu**: Bu suça **bağy** ismi de veriliyor. Yahut *ihtilal*, *fesat*, *iğtişaş* da deniliyor. Bu suç Kur'ân-ı Kerîm Âraf Sûresi, 33. âyette belirtilmiştir: "*De ki, Rabbim ancak açık ve gizli kötülükleri, günahı, haksız isyanı... haram kılmıştır.*" (Âraf, 33)

İsyan, huzursuzluk çıkarmak ve devletin kurulu düzenine karşı bir kalkışma hareketidir. Devlet kuvvetlerine karşı gelme demektir. Bu suç aynen laik hukuklarda düzenlenen isyan suçuna benzer veya aynısıdır. İsyan, devletin kurulu düzenine karşı fiili bir hareket olduğu için, bütün laik sistemlerde o kimseleri yakalama veya o kimselere karşı savaş açmayı (eğer silahlı bir karşı koymada bulunuyorlarsa) gerektirir.[193]

E- KISASI GEREKTİREN SUÇLAR

Yukarıda da belirttiğimiz gibi İslâm Hukukunda cezalar üç kısma ayrılıyor: Hadde tâbi cezalar, kısası gerektiren cezalar ve bunun ikisinin dışında kalıp da tazir yoluyla cezalandırılan ve çeşitli cezaların verilme ihtimali olan bir ceza istemidir. Yukarıda hadde tâbi suçları ve cezaları belirttik ve gördük ki bunlardan bir kısmı Kur'ân-ı Kerîm tarafından verilmiştir. Diğer kısmı Hz. Peygamber (aleyhissalatu vesselâm) tarafından verilmiştir. Şimdi bunların dışında kalan ikinci grup kısası gerektiren suçlara kısaca temas edelim.

Bu konuda şunları söyleyebiliriz: Kısasın esas manası kesmek demektir. Hukuk ıstılahında ise yapılan fiilin aynını iade etmektir. Kısas söz konusu olan suçlar Kur'ân-ı Kerîm'de belirtilmiştir ve şunlardır.

1. Kasden Adam Öldürme

Bu suç Kur'ân-ı Kerîm'de, Bakara sûresi 178 ve 179'da belirtilmiştir. Ayrıca İsra sûresi 33. âyette ve Maide sûresi 45. âyette de yer almaktadır.

[192] Bkz. Bilmen, 4/5 vd; Ali Şafak, 162-3.
[193] Bkz. Bilmen, 3/410; Ali Şafak, 162-3; Karaman, 1/133-4. Ayrıca bkz. Hucurât Sûresi, 9.

"*Ey iman edenler, maktüller hakkında size kısas (misilleme) yazıldı (farzedildi). Hür, hür ile, köle, köl ile, dişi, dişi ile (kısas olunur). Fakat kimin (hangi katilin)lehinde maktulün kardeşi (velisi) tarafından cüzi bir şey afvolunursa (hemen kısas düşer). Artık örfe uymak (şer'in ve aklın iyi görüğünü yapmak, borcu) ona (maktulün velisine) güzellikle ödemek (lazımdır). Bu, Rabbinizden bir hafifletme ve esirgemedir. O halde kim bu (afvden ve edadan) sonra (katile veya taraflarına muhasaama ve) tecavüzde bulunursa onun için pek acıklı bir azab vardır.*"

"*Ey sâlim akıl sahibleri, kısasda sizin için (umumi) bir hayat vardır. Ta ki (katilden) sakınasınız.*" (Bakara, 178-179)

"*Allah'ın haram kıldığı cana, haklı bir sebep olmadıkça, kıymayın. Kim mazlûm olarak öldürülürse biz onun velisine (mirascısına maktulün hakkını talep hususunda) bir salahiyet vermişizdir. O da katilde israf etmesin. Çünkü o, cidden (ve zaten) yardıma mazhar edilmiştir.*" (İsra, 33)

"*Biz onda (Tevrat'da) onların üzerine (şunu da) yazdık: Cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş (karşılıkdır. Hülasa bütün) bütün yaralar biribirine kısasdır. Fakat kim bunu (bu hakkını) sadaka olarak bağşlarsa o, kendisine (günahına) keffâret (onun yargılanmasına vesile) dir. Kim Allah'ın indirdiği (ahkâm) ile hükmetmezse onlar zalimlerin ta kendileridir.*" (Maide, 45)

Bu konu hadis-i şeriflerde de yer almıştır:

Hz. Peygamber (aleyhissalatu vesselâm) şöyle buyurmuştur:

"*Allah'ın kitabında ceza kısasdır.*"[194] Diğer bir hadis şöyledir: "*Kim kasden öldürürse, bunun hükmü kısasdır.*"[195] Bir başka hadis ise şöyledir:

"*Allah'dan başka mâbud olmadığını ve benim de Allah'ın Resulü olduğumu tasdik eden bir mü'minin kanı -şu üç şeyden biri dışında- helal değildir: zina eden evli kişi, cana karşı can ve dinini terk edip cemaatdan ayrılan.*"[196]

Bu suçta kısastan maksat, katilin öldürülmesidir. Yani öldürmek fiili-

---

[194] Şevkâni, 7/25-6 (Karaman, 137 den naklen).
[195] Ebû Davud, *Diyat*, 5.
[196] Şevkâni, 7/7.

nin cezası faile aynı fiili uygulamaktır. Ancak mağdurun varisleri suçlunun öldürülmemesini belli bir para karşılığında kabul edebilir, yani öldürülmesine engel olabilirler. Bu paraya **diyet**, veya **kan parası** ismi veriliyor.

İslâm Hukukunda cezalar bir açıdan da, aynı bugünkü laik sistemde olduğu gibi, hapis cezaları (hürriyeti bağlayıcı cezalar), para cezaları, sürgün ve nihayet idam cezası olmak üzere dört ayrı grupta mütalaa edilebilir. Burada da görüldüğü gibi, idam cezasının para cezasına yani **kan parasına** dönüşmesi söz konusudur. Taksirle adam öldürmenin ise cezası farklıdır. Çeşitli devletlerde ve zamanlarda taziren değişik cezalar verilebilir.

2. Müessir Fiil

Bir kimsenin ölüm dışında bedenine zarar verilmesi ikinci suç tipidir. Mesela: Bir kimsenin dişinin kırılması, gözünün çıkarılması, kulağının kesilmesi gibi. Bu suçların cezası olarak mağdura verilen zararın aynısı fâile uygulanır. Ceza, Kur'ân-ı Kerîm'de belirtilmiştir. Bu konudaki âyetleri biraz yukarıda vermiştik.

Mesela, başkasının dişini kıranın ceza olarak dişi kırılır. Başkasının burnunu kesenin burnu kesilir.

İnsanlara zarar vermek ne türlü olursa olsun yasaktır. Bunun istisnaları meşru müdafaa ve ızdırar halidir. Burada da yine İslâm Hukukuyla laik hukuk sistemi arasında bir benzerlik özelliği görünüyor. Yani nasıl meşru müdafaa ve ızdırar hali laik hukuklarda bir kanunilik unsurunu teşkil ediyorsa ve fâile ceza verilmiyorsa, aynı şekilde İslâm hukukçularının belirttiğine göre, meşru müdafaa ve ızdırar halinde eğer bir adam öldürülürse veya eğer bir yaralama, sakatlama söz konusu olur ise, kısas uygulanmaz.

3. Diyet-Erş

Organların sakatlanması veya yok edilmesi halinde bir bedel alınır ve bu bedele erş ismi verilir. Yani diyet, kan parasıdır ve adam öldürme suçunda uygulanır; müessir fiil dediğimiz fiillerde ise, erş, cezanın aynen kısas şeklinde uygulanmasını ortadan kaldıran ve paraya dönüştüren bir miktardır. Her ikisinin de miktarı İslâm Devleti tarafından tespit edilir.

F- TAZİREN CEZALANDIRMA

Taziren cezalandırılma sahası son derece geniştir. Günümüzde de ceza politikalarında ve ceza mevzuatında görülen, hangi fiillerin suç olduğu ve hangi suçlara ne ceza verileceği devlet idarecilerinin takdirine bırakılmıştır.[197] Buna **ceza politikası** ismi verilir. İslâm ceza hukukunda tazire tâbi suçlar ve cezalar sahasında birinci ve ikinci kısımda yer almayan herhangi bir suç yer alabilir veya herhangi bir ceza belirtilebilir. [198]

Görüldüğü gibi, İslâm Hukukunda ceza grupları bakımından, *birincisi hadde tâbi suçlar, ikincisi de kısasa tâbi suçlar* söz konusudur. Fakat bir toplumdaki suçlar bunlardan ibaret değildir, daha başka suçlar da söz konusu olabilir. Mesela evrakta sahtekarlık, hakaret, sövme cürümleri gibi, kişilere karşı ve devlet düzeni aleyhine çeşitli suçlar söz konusu olabilir. Mesela devlet makamlarını yanıltmak gibi. Bunların sayısı zamandan zamana ve devletten devlete değişmektedir. Mesela, günümüzde trafik suçları diye bir suç grubu söz konusu olmuştur ve bu suçun da cezası söz konusudur. Diğer taraftan gümrük suçları ve hatta yeri gelmişken belirtelim, iktisadi suçlar dediğimiz suçlar günümüzün çok yaygın ve üzerinde çok durulan bir suç grubudur. Bilhassa sahte çekle bankalardan para çekmek, bankaları yanıltarak para hırsızlığına yol açan bir suç grubudur ki önüne geçilmesi son derece zor. Banka âletlerini yanıltarak işlenen ekonomik suçlar dediğimiz suçlar da bu gruba girer.

Tâbi bu suçlara verilecek ceza da yine zaman zaman devletlerin politikasına bağlıdır. İşte buna da **tazir** ismi veriliyor. Ve ceza grupları bakımından üçüncü grup oluyor. Yukarıda dediğimiz gibi mesela uyuşturucu madde trafiğine ölüm cezasının Suudi Arabistan'da kabul edilmesi gibi zaman zaman bu gibi konuların münakaşa edilmesinde ve ölüm cezalarının ancak Kur'ân-ı Kerim'de belirtilen suçlar için verileceği söylenmekte ise de, İslâm Hukuku bakımından diğer suçlara da taziren ölüm cezası verilmesinde bir engel yoktur.

[197] Bilmen, 3/28 vd.
[198] Bilmen, 3/305 vd.

Modern İslâm Ceza Hukuku kitaplarından şunları tavsiye edebiliriz:

1- **Doç. Dr. Ali Şafak**, *Mezheplerarası Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku*, Erzumun, 1977, Atatürk Ü. y.

2- **Dr. Cevat Akşit**, *İslâm Ceza Hukukunun İnsani Esasları*, (Doktora Tezi).

3- **Âkif Aydın**, sh. 159 vd.;

4- **Halil CİN/Ahmet AKGÜNDÜZ**: *Türk ve İslâm Hukuk Tarihi*, 1/301 vd.

5- **Hasan Fendoğlu**: *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, 2003, Filiz y. sh. 167 vd.

6- **Abdulkadir Udeh**, *İslâm Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk.*

7- **Prof. Dr. Muhammed Ebu Zehra**, *İslâm'da Suç ve Ceza.*

Üçüncü Bölüm

İSLÂM TİCARET HUKUKU

İSLÂM TİCARET HUKUKU



GENEL BİLGİLER

İslâm Ticaret Hukuku son derece gelişmiş bir hukuk branşıdır. Birinci olarak bunu belirtelim. Gerek âyetlerde ve gerekse hadislerde ticarete teşvik eden hükümler bulunmaktadır.

İkincisi, ticaretin ve para kazanmanın Müslümanların terakkisi ve yükselmesi açısından tavsiyeye şayan olması ve hatta Müslüman tüccara, hele kazanan tüccara sevaplar yazılacağı hadislerde belirtilmiş olması karşısında, ticaret hukukunun gelişmesi de tâbidir.

Diğer taraftan ticaret hukukunda şirket önemli bir yer tutar. Ticaret hukuku şirketlerden ibaret değilse de, lâik hukukta ve İslâm Hukukunda önemli ve geniş bir yer tutarlar.

Şimdi bu konuda şu başlıkları öncelikle belirtelim.

A- İSLÂM ŞİRKETLER HUKUKU VE ÖZELLİKLERİ

1- İslâm Hukukunda şirketler hukuku çok gelişmiştir. Kitaplarda şirketlerle ilgili meselelerin çözümünün ana esaslarını ve hatta tafsilatını bulmak mümkündür.

2- İkincisi İslâm devletinde *geniş tatbikatı olan bir hukuk branşıdır.* Çünkü insanın menfaati ve insanla ve madde ile ilgili bir branşıdır.

3- Üçüncüsü âyet ve hadislerde çalışmaya *teşvik ve ticaret yapmayı özendiren hükümler* bulunmaktadır.

Mesela Rabbimiz şöyle buyurur: "*İnsan ancak çalıştığına erişir.*" (Necm, 39) Ayrıca bkz.: Bakara, 22; Tâhâ, 53-4; Araf, 10; Nahl, 81.

Örnek olmak üzere iki hadis meali nakledelim: "*Hiç kimse el emeğiyle kazandığından daha hayırlı bir lokma yememiştir.*"[199]

"*Kim helal (rızk) talep ederek yorgun bir şekilde gecelerse, günahları affolmuş olarak gecelemiş olur.*"[200]

Peygamberimiz, peygamberliğinden önce ticaret ile iştigal etmiş, peygamberliğinden sonra ise ticareti ve ticaret ortaklığını methedici beyanlarda bulunmuştur. Çalışmak, para kazanmak ve ticaret yapmak teşvik edilmiş, alın teriyle kazanılan paranın dilenerek elde edilen paradan çok daha değerli olduğu belirtilmiştir. Bu hadislerden istifade ile Müslümanların dilinde çeşitli deyimler, ve atasözleri yerleşmiş bulunmaktdır. Mesela bunlardan biri: "الكَاسِبُ حَبِيبُ الله - *Çalışıp kazanan Allah'ın sevgilisidir.*" şeklindeki cümledir. Bu cümle İstanbul Kapalı Çarşının kapısının üstüne gayet güzel bir talik hattıyla yazılarak asılmıştır. Çünkü Kapalı Çarşı yapıldığı asırda çok büyük bir ticaret merkezi olarak fonksiyon görmüştür. Halen de İstanbul ticaretinin büyük bir kısmını, bilhassa altın ticaretinin bu mekanda yapıldığını söyleyecek olursak, bu ifadenin buraya asılmasının hikmeti daha iyi anlaşılır.

B- İSLÂM HUKUKUNDA ŞİRKET TÜRLERİ

1. Genel Olarak

İslâm Hukukundaki şirketler konusunda, günümüzde yapılan bazı araştırmalarda modern ayrımlar ve mukayeseler olmadan bilgiler verilmektedir. Bu bilgiler muhteva olarak doğru ise de, modern hukuk öğrenimi görmüş kimseleri tatmin etmemektedir. Biz aşağıda İslâm *şirketler hukukunun tümünün* ana çatısını belirten bir sistematik vermeye çalışacağız.

---

[199] Buhârî, *Büyu"*, 15 (*Tecrid-i Sarih*, 6/369).
[200] Süyuti, *Camiu's-Sağir*, 2/167

İslâm Hukukunda Şirketleri ana hatlarıyla üç grupta toplamak mümkündür. Birincisi **ibaha** şirketleri, ikincisi **mülk** şirketleri, üçüncüsü ise akit şirketleridir.

a. İbaha Şirketi

Müslümanların bazı şeylerde kendiliğinden ortak olmaları manasına gelen bir şirket çeşididir. Yani aralarında bir akit, bir anlaşma olmadan bir şirket teşkil ettikleri veya bir şirketin ortağı gibi oldukları manasına gelir. Peygamberimiz bir hadislerinde şöyle buyurmuşlardır:

"*Müslümanlar, (bir rivayette de insanlar) üç şeyde ortaktırlar. Bunlar su, bitki ve ateştir.*"

Mecellede de ibaha şirketi düzenlenmiştir (md. 1234-1307).

Bu şirkete ortak olunması için bir ortağın malının olması veya bir şirkete bir mal koyması gerekmiyor. Biraz daha açıklayalım: İnsanların (veya Müslümanların), dünyadaki su, bitki ve ateşte ortak oldukları belirtilince, bütün insanların aralarında bir ibaha şirketi söz konusu olmaktadır. Yani sudan, bitkiden ve ateşten bütün dünya insanları (veya Müslümanların) ortaklığı, yani dünya çapında bir şirketin var olması söz konusudur.

Mesela milletlerarası nehirler, deniz suları ve büyük göllerde herkes ortaktır, yani herkes bu sulardan istifade edebilir. Suyun ortak olması için, şahsi su olmaması gerekir. Yani bir kimsenin kendisinin olan ve **muhrez** hale getirdiği (yani koruma altına aldığı) bir su olmaması gerekir. Ama bir araziden çıkıp diğer araziye geçen ve diğerinde durmayan sular da bu kısma, yani "ibaha şirketi" kısmına dahildir. Nehirler, dereler, ırmaklar, deniz suları haliyle bu gruba girer. Yine baraj suları bu gruba girer ve büyük göl suları da yine bu kısma girer.

Ancak bir kimsenin özel arsasında bulunan sular söz konusu ise burada bir ayrım yapmak gerekir: İnsanların bu suda da hakları vardır. Ibaha şirketi gereğince içmeleri ve hayvanlarını sulamaları hakları vardır, ama mal sahibinin izninin alarak ve onun gösterdiği şekilde insanların bu sulardan su içmesi ve belli bir derecede hayvanlarına içirmesi hakları vardır.

Tabii ki bu konunun tafsilatı düzenlenmiştir. Eğer mal sahibine su yetmiyorsa başkasının bu sudan hakkı ancak içme şeklindedir. Yok eğer

yetip artma durumu varsa, başkalarının hayvanlarını da sulaması söz konusu olabilir. Bu konunun ayrıntıları ilgili kitaplarda belirtilmiştir.[201]

Bitki konusuna gelince, kimsenin ekmediği ve bakımını yapmadığı, kendiliğinden ortaya çıkan her türlü nebat, yani çiçek, meyve, sebze bu gruba girer. Bunlardan da, insanlar onların meyvesini koparma, semeresini alma hakları vardır, ama bir kimsenin mülkünde ise, artık o takdirde onun özel mülkiyeti olur. Ancak hayvanların otlaması bakımından çayır, çimen otlak ve yaylaklarda diğer müslümanların da hakları vardır. Bu konuda müslümanların istifadesine engel olunamaz.[202]

Ateş, bir kimsenin özel mülkünde de olsa, başka bir Müslümanın ondan istifade etme hakkı vardır. İstifade etmesi, bir kor ateşi almak veya ondan ısınmak şeklinde istifade etmektir. Yoksa tümünü alma veya büyük kısmını alma şeklinde değildir. Bu kısmın da tafsilatı İslâm Hukuku kitaplarında belirtilmiştir.

Ava tâbi hayvanların avlanması da bu konu ile ilgilidir. Şirketi ibahaya girmemekle beraber av da mübahtır. Yani insanların hayvanları avlaması mübahtır. Vahşi hayvanlar ve evcil olmayan hayvanların avlanması da, Müslümanların hepsinin ortak olduğu bir konudur.[203]

Belirtelim ki, modern hukukta bu konular, şirketler kısmında, veya ortaklıklar hukuku kısmında değil, bazen idare hukukunun bazen de eşya hukukunun konuları arasında işlenen bir bölüm olarak karşımıza çıkmaktadır. İbaha şirketleri konusunda kısaca bunları belirtebiliriz.[204] Ayrıca bkz. Mecelle, md, 1045, 1234 vd.

b. Mülk Şirketi

Mülk şirketi, satın alma, hibe, vasiyet veya karışma ve karıştırma suretiyle insanların mallarının ortak hale gelmesidir. Burada bir akit yoktur. İnsanlar anlaşarak ve bilerek bir akit yapma yoluyla bir şirket kurmamıştır ve tersine, yukarıda bahsettiğimiz yollarla bir ortak mal veya mülkiyet söz konusu

[201] Mesela bkz. Bilmen, 7/77.
[202] Mesela bkz. Bilmen, 7/78.
[203] Mesela bkz. Bilmen, 7/79.
[204] Mesela bkz. Bilmen, 7/76.

olmaktadır. Modern hukukta bunlara müşterek mülkiyet veya iştirak halinde mülkiyet ismi verilmektedir. İslâm Hukukunda ise buna **mülk şirketi** ismi verilir. Yukarıdaki misallerden anlaşılacağı üzere mülk şirketleri ortaya çıkış bakımından ihtiyari veya cebri olabilir, bu bakımdan ikiye ayrılır.

a) İhtiyari şirket tipi, satın alma, hibe ve benzeri işlemler neticesinde meydana gelen bir şirket türüdür. İnsanlar, iki veya daha fazla kimse, bir malı alınca o malda ortak olurlar, yani mülk şirketinin ortağı olurlar. Yine iki veya daha fazla kimseye bir hibe yapılırsa, bir vasiyet yapılırsa, bu kimselerin bu mal üzerinde bir şirket ortağı olmaları söz konusu olur.[205]

b) Cebri şirket yolu ise, miras yoluyla birden çok insanın bir mala mirasçı olmasında söz konusudur. Burada irade dışında bir ortaklık söz konusudur. Bir murisin ölmesi durumunda, o murisin mirasçılarının veya vereselerinin mirasa, yani terekeye ortak olması halinde olduğu gibi. Aynı zamanda alacakta da söz konusu olabilir. Birden ziyade kimsenin aynı alacakta hisselerinin olması durumunda da, cebri olarak, ortaya çıkan bir mülk şirketinin misali olarak verilebilir.[206]

Belirtildiği gibi mülk şirketi modern hukukta (laik hukuklarda) bazen eşya hukukunun bazen de miras hukukunun ortaya çıkardığı bir şirket tipidir. Burada ortak mülkiyet (veya ortak mal) ve bu malların taksimi kaideleri tafsilatlı olarak ele alınmıştır. Bizim burada yakınen üzerinde durmamızı gerektirmeyen, fakat tafsilat olarak düzenlenmiş bir şirket tipidir. Ayrıca bkz. Mecelle, md. 1060. vd.

c) Akit şirketi: Esas üzerinde duracağımız ve çok tafsilatlı olarak düzenlenmiş bulunan bir hukuk branşıdır. Akit şirketleri bir akitle ortaya çıkan bir şirkettir. Kurulabilmesi için taraflar arasında bir akdin bulunması gerekir. Bunun unsurları ise icap ve kabuldür[207]. Akit şirketleri çok çeşitlidir. Şöyle bir şema verecek olursak durum daha iyi anlaşılabilir: Akit Şirketlerini iki bakımdan bir ayrıma tâbi tutabiliriz. Birisi **sermayesinin miktarı ve şirket borçlarından sorumluluk** bakımından (yani kapital bakımından), **ikincisi** ise **sermayenin cinsi bakımından**.

---

[205] Mesela bkz. Bilmen, 5/66.
[206] Mesela bkz. Bilmen, 7/65.
[207] Ayrıca bkz. Bilmen, 7/79 vd.

Birincisi: sermaye bakımından şirketler: Bunlar ya **mufavaza şirketleri**, ya da **inan şirketi** şeklinde sözkonusu olabilir. Sermayenin cinsi bakımından ise, ya (birincisi) yani sermayenin cinsi paradır ve para kabilinden şeylerdir. Ya da (İkincisi) emektir. **Şirketi âmâl** ismindedir. Üçüncüsü ise, itibardır, buna da **şirketi vücuh** ismi verilir. Şimdi bu şirketleri biraz daha yakından görelim:

2- Akit Şirketleri

a. Sermayenin Mikdarı ve Sorumluluk Bakımından Şirketler

1. **Mufavaza şirketi**: Burada ortakların hem sermayeleri hem de mesuliyetleri eşittir. Bir diğer deyişle tam eşit bir sermaye konulması ve mesuliyet yüklenilmesi durumunda şirket-i mufavaza söz konusu olur.

Mufavaza şirketlerinde ortaklar bütün mallarıyla mesul olurlar. Şirketin borçlarından, gerek şirkete koydukları ve gerekse koymadıkları, evlerinde şahsi olarak sahip oldukları diğer mallardan da mesul olurlar. Öyle ki bunlar dışında malları söz konusu olmaz. Yani bütün malları şirketi mufavazanın mesuliyeti altında mal kabul edilmektedir. Bu türde ortakların, şirkete verebilecekleri her şeyi vermeleri gereği kabul edilir. Her bir ortak diğer ortağın adına işlemler yapabilir, hem de diğer ortağın yaptığı işlemlere kefil olması söz konusudur. Kârları eşittir, sermayeleri eşittir, mesuliyetleri de eşittir.

Görüldüğü gibi insanların çok zor anlaştığı veya nadiren bu şekilde anlaştığı bir şirket tipidir.[208]

2. **İnan şirketi** ise, ortakların gerek sermayelerinde gerekse mesuliyetlerinde farklı olmaları durumunda söz konusudur. Bu şirkette ortakların her biri diğerinin ya vekilidir, ya da kefilidir. Yani hem vekili hem kefili değil, ya vekili ya da kefilidir. Onlardan her birisinin sermayesi farklı ve koydukları bu sermayeden mesuliyetleri de farklı olmaktadır.

Belirtelim ki mufavaza şirketini bazı İslâm hukukçuları kabul etmezler. Çünkü ortaya çıkması ve uygulanması son derece zor olan, her zaman çok sıkı bir dayanışmayı gerektiren, tam itimadı yani ortakların birbirleri-

---

[208] Ayrıca bkz. Bilmen, 7/87 vd. Bilhassa, 97 vd. diğer mezheplerdeki ayırım için bkz. sh. 109 vd.

ne tam güvenini gerektiren bir şirket çeşididir. İslâm Hukukunda olsun, modern hukukta olsun, daha çok inan şirketi uygulanmaktadır.

b. Sermayenin Cinsi Bakımından Şirketler

Bu konuda aşağıdaki hükümler belirtilebilir:

1. **Şirketi Emval** ismi verilen şirketin sermayesi ayn'dır, yani para ve o kabilden olan şeylerin birleştirilmesi ile kurulan şirkettir. Yine bir akitle kurulur. Bir icab ve kabulle meydana gelir. Para sermayesi demek, para veya altın, gümüş gibi mallar olabilir.

2. **Şirketi âmâl** ise, emeklerin birleştirilmesiyle kurulan bir şirkettir. Buna "*şirketi ebdan*" (yani vücutlar veya bedenler şirketi) ismi de verilir. Hukuk kitaplarında bu şirketin hamallar tarafından kurulduğu, belli bir yerden bir iş alma ve bu işi ifa etme ve mukabilinde ortaya çıkacak kârı aralarında bölüştürme şeklinde akit yapılan bir şirket tipi olarak yazılıyor. Tarihte görüldüğü gibi zamanımızda da görülebilir. Bilhassa hamalların yükleme ve boşaltma işlerinin çok olduğu iş merkezlerinde, limanlarda, tren istasyonlarında ve uçak meydanlarında görülen bir faaliyet olarak karşımıza çıkmaktadır.[209]

3. **Şirketi vücuh**: Bunlara *itibar şirketleri* ismini de veriyoruz. Yani ortaklar sermaye olarak para veya para cinsinden bir mal koymuyorlar, sadece itibarlarını koyuyorlar. Bu şirkete misal olarak, mesela ismi çok tanınmış olan bir terzinin ismini sermaye olarak koyması, Terzi Ahmet veya Ahmet Terzicilik şirketi gibi, veya hatta müzik ve benzeri konularda kabiliyeti ve şöhreti olan, spor bakımından madalyası, diploması olan meşhur kimselerin bir şirkette, şirkete sermaye olarak ismini vermesi şirketi vücuhun tipik örneklerinden biridir.[210]

Belirtelim ki yukarıda şirketleri iki ana kısma ayırdık ve dış görünüşde beş şirket türü ortaya çıktı. Aslında bu beş şirket altı şirket tipi demektir. Çünkü sermayesinin cinsi bakımından üç şirketin her biri mufavaza veya inan şeklinde ortaya çıkabilir. Yani para şeklindeki sermaye kısmında, yani

---

[209] Bilmen, 7/93 vd.
[210] *Aynı yer*, 96.

şirketi emvalde, mufavaza ve inan şeklinde ortaya çıktığını düşündüğümüz takdirde iki şirket tipi ortaya çıkar. Şirket–i Âmal, yine aynı şekilde iki türlü ortaya çıkabilir. Ya mufavaza ya da inan şirketi olabilir. Vücuh şirketi de yine ya inan şeklinde ya da mufavaza şeklinde olabilir. Böylece altı şirket tipi ortaya çıkmaktadır. Ayrı kriterlere göre yapıldığı için böyle bir çoğalma söz konusudur.

Müşterek özelliklere gelince: Kârın nispeti belirtilmelidir. Meselâ: Şirketi inan üzerinde duracak olursak: İnan şirketi konusunda belirtilmesi gereken diğer hükümler şöyledir: Eğer bu şirketlerde kârlar belirtilmezse şirket fâsid olur. Sermaye sahipleri bu takdirde sermaye oranında pay alırlar. Kârdan şu kadar lira veya kuruş diye tespit edilirse bu takdirde akit bâtıl olur. Çünkü bu takdirde bir taraf zarara girmektedir. Kâr oranı % olarak belirtilmelidir. Bu konuda İslâm Hukuku kitaplarındaki şirketlerle ilgili açıklamalara ve Mecelle'deki kaidelere ve açıklamalara bakılabilir. Ayrıca bkz. Mecelle, md. 1329 vd.[211]

3. Özel Şirket Çeşitleri

İslâm Hukukunda, altı çeşit şirket dışında akit şirketleri olarak diğer üç özel şirket çeşidi daha belirtilmiştir, bunlar hakkında İslâm Hukuku kitaplarında ve hadislerde açıklamalar yapılmıştır. Özel şirket tipleri üç kısma ayrılabilir. Bunlardan birincisi **mudarabe**, ikincisi **muzaraa**, üçüncüsü **musakaat**tır.

1- **Mudarabe Şirketi**: Bu şirkete **emek-sermaye şirketi** ismi de verilmektedir. Diğer ismi **Şirket-i Zaman** şeklinde ifade edilmektedir. Bu şirkette iki taraf vardır. birincisi parayı koyan taraf, diğer taraf ise bu parayı işleten taraftır. Parayı koyan tarafa **Rabbul Mal** ismi verilir. Parayı işleten tarafa ise **âmil** veya **âmil mudarib** ismi verilir. Görüldüğü gibi, bir taraftan emek, bir taraftan da sermaye yani para konulmaktadır. İslâm Hukuku kitaplarında mudarabe üzerinde uzun uzadıya tafsilatlar verilmiştir. Mecelle'de de çeşitli maddelerde mudarabe şirketi düzenlenmiştir. (md. 1404- 1430).

211 *Aynı yer.*, 80 vd.

Belirtelim ki, mudarabe, İslâm dünyasında tatbikatı çok görülmüş ve senelerce insanların başvurduğu bir şirket tipidir. Bir taraftan parası olup da bunu işletemeyen kimse, diğer taraftan kabiliyeti, sanatı ve tecrübesi olup da sermaye sahibi olmayan iki insanın ihtiyaçlarının tatmini veya kabiliyetlerinin birleşmesi manasına da gelir.

Diğer taraftan mudarabe günümüzde İslâm bankacılığının veya faizsiz bankacılığın temelini oluşturan bir şirket çeşididir. Biraz aşağıda bu konuya yine temas edeceğiz.

Özellikleri:

a) İki farklı sermayenin birleşmesinden meydana gelen mudarabe, bir tarafın sermayesi (para ve benzeri şeyler), diğer tarafın şirkete sermaye olarak koyduğu şey ise emeğidir. İcap ve kabul ile meydana geliyor.

b) İkincisi: Sermaye diğerinin elinde vedia hükmündedir. Yani Ahmet bir milyon para koymuşsa ve Mehmet bu parayı işletecekse, bir milyon Mehmet'in elinde vedia hükmündedir ve vedianın hükümlerine tâbidir.

c) Üçüncüsü: Emek sahibi, mal sahibinin vekili durumundadır. Yani onun namına parasını işleten bir vekil durumundadır.

d) Dördüncüsü: Emek sahibi parayı rehin bırakabilir, kiraya verebilir, her türlü ticari işi yapabilir.

Maamafih mudarabe konusuna biraz daha yakından eğilecek olursak, parayı koyan **Rabbul Mal** bu konuda sınırlar ve kayıtlar getirebilir. Yani ancak şu ticareti yapabilirsin, ancak şu şehirde ve şu sahada ticaret yapabilirsin gibi sınırlar koyabilir. Eğer böyle bir sınır koymamışsa buna **mudarabe mutlaka** ismi verilir. Eğer sınırlar koymuşsa **mudarabe mukayyede** ismi verilir. Genellikle itimatlı ve kabiliyetli kimselere herhangi bir sınır koyulmuyor. Fakat ticarette tecrübesi olmayan ve güven bakımından fazla güvenli olmayan kimselere ise belli bir şehirde kalma ve ancak belli bir ticareti ve sanatı yapma gibi kayıtlar konulduğu görülmektedir.

e) Bir son özelliği de kâr nispetleri mutlaka belirtilmelidir. Eğer belirtilmemişse, zararın tamamı sermaye sahibine aittir. Zaten kârın ne kadarı para sahibine, ne kadarı emek sahibine ait olacağı belirtilmemişse, bu şirket fâsit olur. % 99'a kadar kâr nispetinin bir tarafa ait olması belirtile-

bilir. Yok eğer % 100'ü sadece sermaye sahibine ait ise bu takdirde çalışan kimse hiçbir ücret almıyor demektir. Bu kişi, yani emek sahibi onun emrinde çalışan bir hizmetçiden başka bir şey değildir. Yok eğer kârın % 100'ü emek sahibine ait olarak tespit edilmişse, bu takdirde bir kredi verme söz konusudur, yani paranın tamamı emek sahibine verilmiştir. O da kârın tamamını almaktadır.

Şimdi İslâm bankacılığına ait bir örnek verelim. Mudarabe şirketinin İslâm bankacılığıyla ilgisi şudur: Parası olan bir kişi bankaya gitmekte ve parasını yatırmaktadır. Bu takdirde bu kişi, **sermaye sahibi** veya **Rabbul mal** ismini alır. Banka ise **âmil**, yani parayı çalıştıran kimsedir. Genellikle İslâm bankacılığında bankalar kendilerine yatırılan bu manadaki parayı başka bir kimseye kullandırma yoluna da gitmektedir. Yani bankanın kendisi ticareti fiilen yapmamakta, fakat ticareti yapacak diğer kişilere Rabbul Mal sıfatıyla parayı vermektedir. Böylece banka bir açıdan âmil, diğer açıdan ise Rabbul Mal olmaktadır. Böylece kişilerden yani tüccardan topladığı kârları kendisine parayı yatıran sermaye sahiplerine dağıtmaktadırlar. İslâm bankacılığı konusunda kitaplarda bunun tafsilatı görülmektedir.[212]

Bu konuda yayınlanan şu iki doktora tezi tavsiye edilir: 1- Dr. **Osman Şekerci** (*ilâhiyatçı*), *İslâm Şirketler Hukuku-Emek Sermaye Şirketi,* İstanbul, 1981. 2- **Ahmet Battal** (*hukukçu*): *Bankalarla Karşılaştırmalı olarak Hukuki yönden Özel Finans Kurumları,* Ankara-Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü y. 3- Ayrıca şu eser de tavsiye edilir: Hasan Ellek: *Emek-Sermaye Ortaklığı,* İstanbul, 2006, Yeni Akademi y. 4. İsmail Özsoy, *Türkiye'de Faizsiz Finans Kurumları ve İslâm Bankacılığı*, Timaş, İst. 1987.

2- **Muzâraa** şirketi, taraflardan birinin araziyi veya toprağı, diğerinin ise emek vermesinden meydana gelen bir şirket cinsidir. İcap ve kabul ile meydana gelir. Kâr nispetleri belirtilmelidir. Basit bir akitle bu şirket cinsi İslâm tarihinde ve günümüzde uygulanmaktadır. Bir kimsenin tohumu vermesi diğer tarafın da araziyi vermesi halinde ortaya çıkan şirket de bir

[212] *Aynı yer.*, 101 vd.

muzaraa şirketidir. Eğer akdin sıhhat şartının biri eksikse akit fasit olur. Hasılat olmazsa ikisi de zarar eder. Yani araziyi veren de o arazide çalışmış olan kimse de. Tohum veren, akdin fasit olması durumunda hasılatı alır. Fasit değilse kârlar anlaşma derecesinde dağıtılır.[213]

Bu, bir taraftan toprak, bir taraftan da emek ile sözkonusu olan bir ortaklık biçimidir. Memleketimizde buna **yarıcılık** adı verilir. Ayrıca bkz. Mecelle, md, 1431- 1440.

3- **Müsâkat** şirketine gelince: Bu üçüncü özel şirket tipi, birinden ağaç ve diğerinden bunların işletilmesi ve terbiyesi, yani sarf edilecek emekle kurulan bir şirkettir. İcap ve kabul ile meydana gelir. Kâr nispetleri belirtilmelidir. Akit fasit ise hasılat ağaç sahibinindir. Çünkü ağaç zaten yetişmiştir. Meyve verecek bir duruma gelmiştir. O sebeple fasit bir akitle yukarıda, tohum sahibinin hasılatı alması gibi, burada da hasılatı ağaç sahibi alır. Ayrıca bkz. Mecelle, md. 1441-1448.[214]

C- KISA BİR MUKAYESE

Günümüzdeki şirketleri, İslâm Hukuku şirketlerinin birine benzetmek veya ona dahil etmek mümkündür. Modern hukuktaki şirketlerden mesela anonim şirketi ele alacak olursak, İslâm Hukukunda da caiz olduğuna dair yaygın bir görüş vardır. Bazıları ise diyorlar ki, burada ortaklar birbirlerini tanımıyorlar. Sadece bir kağıt elden ele değişmek suretiyle ortaklık da değişmektedir. Böylece kimin kiminle akit şirketi kurduğu belli olmuyor. Günümüzde artık anonim şirketlerde ortakların hisse senetlerini satmak, yani hisseyi devretmek suretiyle başka bir ortağı yerine koyması ve bunun kim olduğunu öğrenmek o kadar zor bir konu değildir. Böylece anonim şirket ve diğer şirket tiplerinin de caiz olduğunu söylemek mümkündür. Veya şartları tahakkuk ettiği takdirde kurulabileceğine dair yaygın bir görüş vardır.

---

[213] *Aynı yer.*, 123 vd. Hanefî mezhebi dışındaki diğer mezheplerdeki durum için bkz. *Aynı yer.*, 129 vd.

[214] *Aynı yer.*, 127 vd.

Diğer yandan, Mufavaza şirket türünü, modern hukuktaki Kollektif ve Komandit Şirkete -ve tabii Komandite ortağın sorumluluk durumuna- benzetebiliriz. Hatta BK. md. 520 ud. düzenlenen "Âdi Şirket" de, sorumluluk bakımından Mufaya Şirketine benziyor.

İnan Şirket türünü ise Limited Şirketine ve Komanditer ortağın sınırlı sorumluluk durumuna benzetmek mümkündür.

Tüzel Kişilik Konusu: İslâm Hukukunda şirketlerin tüzel kişilik sahibi olmasına bir engel yoktur. Bu konuda diğer bazı örnekler de verilebilir.

Tüzel kişilik konusuna İslâm Medenî Hukuku bölümünde daha geniş temas edeceğiz.

Dördüncü Bölüm

İSLÂM MEDENÎ HUKUKU

İSLÂM MEDENİ HUKUKU



A- GENEL ÖZELLİKLERİ

İslâm Medeni Hukuku hakkında çok şeyler söylenmiş ve yazılmıştır. Gerçekten de herhangi bir İslâm Hukuku kitabına baktığımız zaman, İslâm medeni hukukunun herhangi bir bölümüne ait açıklamaları kolaylıkla bulabiliriz. Hatta tafsilatıyla bulabiliriz. Denilebilir ki İslâm Hukukunun üzerine en çok âyet ve hadis bulunan, dolayısıyla en gelişmiş bölümü medeni hukuktur.

Şimdi acaba neden İslâm Medeni Hukuku çok gelişmiştir sorusuna cevap arayabiliriz:

1- *İlk olarak* hakkında çok âyet ve hadisin varlığı özellik olarak gösterilebilir. Gerek nikah, gerek vasiyet ve gerekse mirasla ilgili âyet ve hadisler bu konuların gelişmesi ve bu konuların üzerinde müesseselerin kurulması neticesini doğurmuştur. Yine aynı şekilde vekalet, kefalet, satım akdi veya kira akdi gibi akitlerin üzerinde âyet ve hadislerin bulunması da bu konularda birçok düzenlemenin getirilmesine, birçok açıklamanın ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

2- *İkinci olarak* çok uygulanan bir alan olmasıdır. Yani insan oğlunun, Müslüman dünya olsun, laik dünya olsun, çok uyguladığı bir alandır. Denilebilir ki insanların en çok uyguladığı veya hukuki münasebetlerle karşı karşıya geldiği alan medeni hukuk alanıdır. Gerçekten de her gün birlerce kişinin evlendiğini biliyoruz. Her gün birlerce kişinin miras aldığını veya miras dağıttığını, paylaştığını biliyoruz. Yine her gün binlerce, yüz binlerce kişinin satın alma akdi veya kira akdi yaptığını görüyoruz.

3- *Bir diğer soru şudur*: İslâm medeni hukukunun bölümleriyle laik medeni hukukun bölümleri arasındaki benzerlik ne kadardır? Hemen cevap verelim: Aynıdır diyebiliriz. Bir diğer deyişle, modern hukuklarda medeni hukuk şu ayrıma tâbi tutuluyor. Şahsın hukuku, aile hukuku, miras hukuku, eşya hukuku, borçlar hukuku veya akitler hukuku vb. Tabii mirasın içine muayyen mal vasiyeti ve vasiyetname de girmektedir. Aile hukukunun içine nafaka ve benzeri faaliyetler girmektedir. Şahsın hukuku içine de gerek hükmi şahsiyet teorisi gerekse vakıflar ve dernekler gibi konular girmektedir.

Belirtelim ki İslâm Hukukunun klasik kitaplarında böyle bir ayrım yoktur. Yani İslâm Hukuku kitaplarındaki ayrımların daha çok *muamelât*, *münekahat* ve *ukubat* şeklinde olduğu görülüyor. Bunlardan muamelat kısmı akitler, şirketler vb. durumları içine almaktadır. Ukubât kısmı İslâm Ceza Hukukunu içine alıyor. Münâkehat kısmı da aile hukuku evlenme, boşanma kısmını içine almaktadır. Gerçi değişik hukuk kitaplarında değişik başlıklar da görülüyor. Mesela irs diye bir başlık görsek, bu miras hukuku demektir. Bazı hukukçular tarafından *ahval-i şahsiye* diye bir başlık konulmuştur. Bu da yine evlenme, nafaka ve benzeri konuları içine almaktadır. Ama ukubât kısmı ceza hukukudur. Mesela Ticaret hukuku bunlardan muamelât kısmına girer.

Halbuki biz bu kitapta ticaret hukukunu ayrı bir başlık altında ortaya koyduk. Keza eşya hukuku da, bazen miras içinde bazen nafaka bölümünde bazen de müstakil bir başlık olmadan ele alınmaktadır. Ama akitler herhalde ayrı bir başlık halinde ortaya konulmaktadır. Bilhassa akit çeşitleri tafsilatlı olarak ele alınmıştır. Başta alım satım (bey) akdi, kira akdi, (icar) ve diğer akitler ayrı başlıklar altında anlatılmıştır.

Kısacası İslâm Hukukunda medeni hukukun bölümlerini aynen laik hukuktaki bölümler gibi ele almaya ve incelemeye bir engel yoktur. Klasik kitaplarda bu ayrıma dikkat edilmemesi, o zamanki geleneklerin bir neticesidir diyebiliriz. Zamanımızda yazılan İslâm Hukuku kitaplarında modern bir ayırım yapılmaktadır: mesela *Prof. Ansay*'ın, *Halil Cin* ile *Prof. Ahmet Akgündüz*'ün ve *Hayrettin Karaman*'ın kitaplarında günümüzde alışılan lâik (modern) ayrım esas alınarak anlatılmıştır ve böylece modern hukuk öğrenimi yapmış kimselerin İslâm Hukukunu kavramaları daha kolaylaş-

tırılmış olmaktadır. Biz de bu kitabmızda bu modern ayırımı esas alarak açıklamalar yaptık.

B- İSLÂM HUKUKUNDA HÜKMÎ ŞAHSİYET TEORİSİ

Bu başlık adı altında kısaca, hükmi şahsiyet veya tüzel kişilik kavramının İslâm Hukukunda yer alıp almadığı, almışsa hangi misallerinin bu bulunduğu ele alınacaktır. Genellikle İslâm Hukuku kitaplarında, İslâm Hukukunda hükmi şahsiyetten hiç bahsedilmez. Bahsedenler de İslâm Hukuku kaidelerinin hükmi şahsiyete yer vermediğini veya kabul etmediğini belirtirler. Çünkü derler ki, İslâm Hukukunda bu konuda asl olan elle tutulan gözle görülen fiziki varlıklardır. Bunun dışındaki varlıkların kabulü mümkün değildir, tıpkı elde bulunmayan malın satımının bâtıl olması gibi (**mâdum** şeyin satılması batıl olması gibi). Hükmi şahsiyet teorisi de yoktur derler. Ancak modern hukukçular bu konuda karşı delil olarak şunları söylemektedirler:

1- İslâm Hukuku açısından geleneksel olarak kabul edilmeyen hükmi şahsiyet teorisinin, aslında kabulünde bir engel yoktur. Bir diğer deyişle eski tarihlerde İslâm hukukçuları böyle bir teoriyi, böyle bir çareyi kabul etmemişlerdir. Çünkü o asırlarda bu konuda herhangi bir açıklama, herhangi bir teori yoktu. Gerek İslâm Dünyasında, gerekse bütün dünyada yoktu. Gerçekten de hükmü şahsiyet teorisi veya tüzel kişilik çok sonraları, yaklaşık olarak yirminci asırdan itibaren bazı hukukçular tarafından ortaya atılmış veya esasları belirtilmiş bir teoridir.

2- İkincisi: Demektedirler ki, İslâm Hukukunda hükmi şahsiyet vardır fakat hükmi şahsiyet teorisi açısından bakılmadığı için bir nevi farkında değilizdir. Yoksa İslâm Hukukunun çeşitli hükümleri incelendiği zaman hükmü şahsiyetin varlığı göze çarpar. Bu konuda şu misaller verilmektedir.

a) **Vakıflar**. Vakıfların İslâm Hukukunda yer aldığı bilinen bir gerçektir. Hatta üzerinde âyet ve hadislerin bulunduğu bir önemli müessesedir. Üzerinde cilt cilt kitaplar yazılmış, kanunlar çıkartılmış, binlerce yıldır çok geniş bir alanda düzenlemesi ve uygulaması olan bir müessesedir.

Vakıfların üçüncü şahıslarla yaptığı işlemlerde sorumluluk söz konusudur. Vakıf adına hareket eden mütevelli heyeti başkanının veya mütevelli

heyetinin işlemleri kendisine ait değil, vakıflara ait olmaktadır. Yani mütevelli heyeti veya başkanı bir kira akdi yaptığı zaman bu kira akdinin neticesi vakfa ait olmaktadır. Kira bedeli ödediği zaman vakıf gelirinden veya malından ödemektedir. Hatta davacı veya davalı olma ehliyetleri de olmaktadır. Bu takdirde vakıfları mütevelli heyeti veya mütevelli heyeti başkanı temsil etmektedir. Bu da gösteriyor ki vakıflarda hükmi şahsiyet vardır.

b) Diğer misal **Beytülmal**'dır. Bugün devlet hazinesi veya maliye bakanlığı dediğimiz beytülmal, gerçekten hükmü şahsiyetin varlığının tipik bir misalidir. Beytülmal adına dava açmak, beytülmale gelir kaydetmek, beytülmalin mamelekinden sarfiyatta bulunmak gibi kavramların hepsi, aslında İslâm Hukukunda hükmi şahsiyetin olduğunu gösteriyor.

c) Üçüncü bir örnek **devlet hükmi şahsiyeti**dir. Devlette sultanlar veya devlet başkanı (halife) tarafından temsil edilen bir hükmi şahsiyet olduğu anlaşılıyor. Kitaplarda dolaylı olarak verilen açıklamalar bu konuda bize yeterli bilgileri sağlamaktadır. Gerçekten de bir devletin diğer devletle yaptığı anlaşmalara İslâm Hukukundaki kitaplarda yer veriliyor. Devlet başkanının seçimi, devlet başkanının vezirleri, memurları tayin etmesi işlemlerinde devlet hükmi şahsiyeti göze çarpıyor. Bilhassa sultanların veya devlet başkanının değişmesiyle, başlamış olan işlemlerin kesilmemesi ve devam etmesi bu konuda İslâm hukukçularının hükmi şahsiyet teorisini kabul ettiği manasına gelmektedir. Gerçekten de bir sultan döneminde çıkarılmış olan kanunun, o sultanın değişmesi veya ölmesine rağmen, hayatiyeti devam eder. Bir sultanın yapmış olduğu anlaşma, yeni sultan döneminde ve hatta ondan sonraki sultanlar döneminde de bu devleti bağlayıcı ve mesuliyet altına alıcı bir manayı ifade etmektedir. Bu ve buna benzer konular devlet hükmi şahsiyetinin de İslâm Hukukunda kabul edildiği manasına geliyor.

d) Bir diğer örnek **şirketler**dir. Yukarıda İslâm şirketler hukuku bahsinde belirttiğimiz gibi, şirketin üçüncü şahıslarla yaptığı işlemlerde, mesela mufavaza şirketinde, bütün ortaklar mesuldür. İnan şirketinde de yine bir ortağın veya şirket adına hareket eden bir kimsenin şirket adına yaptığı işlemlerden şirket mesuldür. Mufavaza şirketinde ortaklar bütün mallarıyla, inan şirketinde ise koydukları sermaye ölçüsünde şirketin borçlarına karşı mesul olmaktadırlar.

Görülüyor ki bu dört büyük örneğin dördü de, tafsilatlı olarak İslâm Hukuku kitaplarında yer almıştır. Bu örneklerle ilgili İslâm Hukuku kitaplarındaki açıklamalar esasında İslâm Hukukunda hükmi şahsiyet teorisinin bulunduğu ve hükmi şahsiyetin varlığını ortaya koymaktadır.

Ancak, İslâm hukukçuları bunu ifade etmemişler veya ifade etme lüzumunu hissetmemişlerdir. Çünkü onların dönemlerinde dünyada ve İslâm devletlerinde hükmi şahsiyet teorisi yoktu veya en azından bu şekilde bahsedilmiyordu. Zaten gerek İslâm Hukukunda ve gerekse modern hukukta birtakım mevzular ve işlemler var ki, 19. asrın hatta 20. asrın ürünüdür. 20. asırda ortaya çıkmış birtakım işlemler, mesela sigorta işlemleri bunlardan biridir. Sigorta akdi veya sigorta işlemi 19. asrın belli bir döneminden sonra ortaya çıkmış, önce batı dünyasında sonra İslâm Dünyasına girmiş bir akittir, bir işlemdir. Bu işlemin asırlar öncesinden varlığı veya olup olmadığının tartışılmasında dünya hukukçuları gibi İslâm hukukçuları da ihtiyaç duymamışlardır. Çünkü böyle bir konu yoktu ortada.

Yine buna benzer bir diğer konu da anonim şirketlerdir. Anonim şirketlerde ortakların birbirlerini tanımamaları ve karşılıklı olarak akit yaptıkları kabul edilemediği için böyle bir konu düşünülememiştir. Modern hukuklarda da aynı şekilde söz konusu olmuştur. Ancak çok yakın zamanlarda, 20. asra yakın, anonim şirket adına hareket ve o hükmi şahsiyetin üçüncü şahıslarla yaptığı işlemler söz konusu olmuştur.

Buna benzer diğer örneklerden çıkan netice, İslâm Hukukunun çok konularda gelişmeye açık olduğunu ve bazı modern sistemlerin, naslara yani Kur'ân'a ve Sünnete aykırı olmamak şartıyla, kabul edilebileceğini gösteriyor. İslâm Hukukundaki hükmi şahsiyet teorisi de bunlardan biridir.

B- İSLÂM HUKUKUNDA AKİTLER

1. Genel Bilgiler

İslâm Hukukunda akitler konusu, çok gelişmiş ve işlenmiş bir sahadır. Gerek modern kitaplarda ve gerekse klasik İslâm Hukuku kitaplarında akitler konusunda çok tafsilatlı bilgiler verilmektedir. Bilhassa akdin teşekkülü, bâtıl veya fâsid olması vb. konular şayân-ı hayret derecede bir

genişliğe sahiptir. Modern kitaplar o eski kitapları özetlerken bu konudaki tafsilatı olduğu gibi aktarmakta ve hayretlerini de gizlememektedirler.

İkinci olarak, akitler konusunda **icap** ve **kabul** aynen modern hukukta olduğu gibi söz konusu olan iki unsurdur. Ve akdin unsurları veya hükümleri konusundaki icap ve kabule ait diğer düşüncelerin bütün mezheplerde kabul edildiğini görüyoruz. (Hanefî mezhebinde akdin unsuru icap ve kabuldür. Diğer mezheplerde icap ve kabulün yanında bazı şartlar daha unsur olarak veya hüküm olarak ileri sürülmektedir vb.) Bunlar, taraflara ait şartları, yani tarafların ehil olması, reşit olması vs. gibi şartlar ileri sürmektedirler, ama icabın ne olduğu ve kabulün ne olduğu konusunda mezhepler arasında büyük bir fark yoktur.

Akitler konusunda belirtilmesi gereken bir diğer konu da, *akdin teşekkülü* (oluşumu), *akdin batıl olması*, *mevkuf olması*, *icazete bağlı olması* gibi kavramlardır. Bunlar da aynen modern hukuklardaki akdin nispi butlan ile batıl olması, mutlak butlan ile batıl olması ve yok (keen lem yekûn) olmasına benzer, -arada bazı farklar olmakla birlikte- düzenlemelerdir. Bilhassa modern asrın İslâm hukukçularından **Mustafa Ahmet ez-Zerk**â, 'İslâm Hukukuna Giriş' adlı kitabında bu konuyu çok uzun bir şekilde Fransız Hukukuyla karşılaştırmalı olarak ortaya koymuştur [215]

2. Akdin Nevileri

Akdin nevileri konusunda şunlar belirtilebilir:

Bir defa İslâm hukukçuları **isimli akitler** ve **isimsiz akitler** diye bir ayrım yapıyorlar. İsimli akitlere **el-ukûd el müsemm**â, isimsiz akitlere ise **el-ukûd gayri'l müsemm**â ismi verilmektedir.

İsimli akitler, hukuk sisteminin onlara isim verdiği ve hükümler bağladığı akitlerdir. Bunlara **muayyen akitler** de denir. İsimsiz akitler ise, isimli akitler dışında kalan ve özel bir isim verilmemiş ve hukuk sisteminin özel bir hüküm bağlamadığı akitlerdir. Bir diğer deyişle, çok kullanılan, insanlar arasında çok yaygın olan bazı akitlere, isimli akitler,

[215] Bu kitap tarafımızdan tercüme edilmiş ve yayınlanmıştır.: *Çağdaş Yaklaşımla İslâm Hukuku*, 1. baskı, 1993, Timaş y.; 2. baskı, İstanbul, 2006, Gündönümü y.

bu akitler dışında ortaya çıkacak ve zamanın gerekleriyle insanların ihtiyaçları sebebiyle uygulanma durumuna gelecek akitlere de isimsiz akitler ismi verilmiştir.

İsimsiz akitler, düzenlenmemiş ve fakat ortaya çıktığı takdirde de, İslâm Hukukunun temel kaidelerine aykırı olmamak şartıyla, benimsenmelerinde bir engel olmayan akitlerdir. Mesela **otelcilik anlaşması** nasıl muhtelit bir akit ise, İslâm Hukukunda da **akdul mudayâfa** dediğimiz bir akit olarak kabulüne bir engel yoktur. Otelcilik akdi içinde hem hizmet akdi var, hem de bir manada vekalet akdi var, bir manada, otellerde yenen yemekler ve diğer satın almalar konusu sebebiyle, satım akdinin bulunduğu bir muhtelit akittir. Fakat isimsiz akitler kısmında yer alan bir akittir. Günümüzde de zaten otelcilik anlaşması, 20. asrın ürünü olan bir akittir. Yine aynı bu şekilde **abone anlaşması** da isimsiz akitler arasında yer alır. Mesela bir gazeteye abone olunması durumunda taraflardan biri para ödemekte ve diğer taraf da bir gazeteyi çıkarma ve çıkarılan gazeteyi o kişinin adresine ulaştırma veya teslim etme yükümlülüğü altına girmektedir. Bu akitler de yine son asrın ortaya çıkardığı akitlerdir.

3. İsimli Akitler

İsimli akitler olarak İslâm hukukunda 25 tanesi meşhur olmuştur. Mecelle bunlardan 17 akdi ihtiva eder, ama 25 akit İslâm Hukuku kitaplarında isimleri geçen akitlerdir.

Bunlar şunlardır: 1- satım veya alım-satım 2- kira 3- kefalet 4- havale 5- rehin 6- vefalı satış (bey'bilvefa) 7- vedia 8- ariyet 9- hibe (yani bağışlama) 10- taksim 11- şirket 12- mudarabe 13-muzaraa 14- musaaka 15- vekalet 16- sulh 17- tahkim 18- muharece 19- Ödünç (para ödüncü, karz akdi) 20- umra 21- muvalâ 22-ikale 23- evlenme 24- vasiyet 25- îsa veya vasiyeti tenfiz akdidir.

Belirtelim ki bu 25 akitten büyük kısmı modern hukukta zaten mevcuttur. Bunların üzerinde ayrıntılı olarak durmaya gerek görmüyoruz, ancak benzerlik ve farklar üzerine kısaca şu bilgileri vermek gerekir:

Mesela satım akdi ve hükümleri, laik hukuk hükümleri ile hemen hemen aynıdır. Kira akdi, her iki sistemde benzerlik arzeder. Aynı şekilde

kefalet akdi de benzerdir. Havale akdi, yine küçük farklar dışında aynıdır. Rehin bir akit olarak İslâm Hukukunda kabul edilmiş, modern hukuklarda ise, gayri menkul hukukunda veya eşya hukukunda düzenlenmiş olan bir müessese olup, akitler kısmında düzenlenmemiştir. Bu akitte mevzu bir hak karşılığı, alacağını elde etmeyi mümkün kılacak bir malı hapsetmektir. Yani bir kimse alacağını garantiye bağlamak için karşı taraf olan borçlunun bir malını hapsediyor. Böylece hak sahibi yahut rehin alacaklısına **murtehin,** rehni veren yani borçlu kişiye **râhin** ismi veriliyor. Ortaya konulan mal da **merhun** ismini alıyor.

Vefalı satış yine satışın bir çeşididir.

Vedia ve **ariyet** akitleri ile **hibe akdi** de yine aynı şekilde modern hukuklarda mevcut olan bir akittir.

Taksim akdi ise Mecellenin 1114-1191. maddelerinde düzenlenmiştir. Modern hukuklarda bir akit olarak değil fakat ortak mülkiyetteki hisselerin, meselâ miras hisselerinin bölünmesi başlığı altında, bazen miras hukukunda, bazen müşterek mallarda olduğu gibi, eşya hukuku kısmında düzenlenmiş olan bir işlemdir. Taksim demek, İslâm Hukukunda müşterek mülkteki şai hisseleri ifraz ve her bir hisseye mülkten bir cüz tahsis etmektir. Taksim işinde iki unsur vardır. Bir bakımdan ifraz, diğer bakımdan ise mübadeledir. Taksim akdinin tafsilatını İslâm Hukuku kitaplarına havale edebiliriz.

Şirket akdi yine modern hukuklarda mevcut olan bir akittir. Mudaraba ve muzaraa akitlerini yukarıda belirtmiştik.

Vekalet akdi yine modern hukuklarda mevcut olan bir akittir.

Sulh akdine gelince: sulh modern hukuklarda usul hukukunda düzenlenmiş olan bir müessesedir. İslâm hukukçularına göre ise ayrıca bir akittir. Bu, iki ihtilaflı tarafın aralarında dava açılmış ise, nizalı bir hak üzerinde ittifak ettiği bir akittir. Sulh akdinin bünyesinde onu diğer akitlerden ayıran muayyen bir mevzu yoktur. Yani üzerinde cereyan ettiği konuya göre değişmektedir. Muayyen bir mevzu olmadığı için İslâm hukukçuları sulhun şekli bakımından üzerinde vuku bulduğu akde en yakın akit kabul edilebileceğini söylemişlerdir. Yani mala karşı mal ile sulh, satım (bey) hükmünde kabul edilmiştir. Mala karşılık menfaat ile sulh ise, kira hükmünde kabul edilmiş-

tir. Mesela ihtilafa mevzu muayyen bir mal olsa ve iki taraf mesela evinde bir ay oturma karşılığı birinin malı diğerinin terk etmesi esası üzerinde sulh yapsalar, bu, kira hükmünde kabul edilir. Tafsilatına girmiyoruz. Sulh akdi Mecellenin 1531- 1560. maddelerinde düzenlenmiştir.

Tahkim akdi de yine modern hukukta usul kanunu ve hukuku kitaplarında yer almış olan bir müessesedir. İslâm Hukukunda ise bir akittir ve Mecellede 1841- 1851. maddelerde düzenlenmiştir. Tahkim akdi, ihtilaflı iki taraf arasında, ikisinin ihtilaflarını halletmek üzere rızalarıyla bir şahsa (hakem) tâbi olma (hakemlik) konusunda anlaşmalarıdır. Tahkim konusunda belirtilmesi gereken önemli nokta şudur: **Hakem** olan veya **muhakkem** ismini alan kişi ihtilaflı iki taraf arasında bir hüküm vermektedir. Bu hüküm ile yargıcın verdiği hüküm arasındaki fark, yargıcın yetkisinin genel, hakemin yetkisinin ise, özel, yani ancak iki tarafla ilgili veya onlara münhasır olmasıdır.

18. akit olan **muhârece** veya **tehârüc** ise: İslâm Hukukunda ayrı bir akit olarak düzenlenmesine karşılık, fakat lâik hukukta ayrı bir akit olarak kabul edilmemiş bir işlemdir. Bu, mirasçılardan birinin terekedeki hissesini müteveffanın mirasçılarından birine sattığını, böylece mirasçılıktan çıktığı ve bu akit neticesi yerine hissesini alanın geçtiği bir akittir. Eğer mirasçılardan bir kısmı diğerini çıkartırsa, **"mirasçılar birbirini çıkardılar"** şeklinde kullanılır. Miras paylaşımında bedeli (malı) ödeyen ve mirasçının yerine geçen **mehârıç** ismini alır ve bedeli alan ve terekeden çıkan mirasçıya ise **muhâriç** ismi verilir.

19. akit **Ödünç** akdi. Para ödüncü (karz akdini) anlatmıyoruz. Çünkü modern hukuklarda da olan bir akittir. Ancak İslâm Hukukundaki faiz yasağı, alınması ve verilmesinin yasak olması, önemli bir farktır

20. olarak **umre** akdi. İslâm Hukukunda özel bir akit olarak düzenlenmiştir. Bu, araplarda alışılmış hibenin yani bağışlamanın bir çeşididir ve bir şahsın diğerine şöyle demesiyle yapılır: "Bu şeyi veya bu evi sana umre yaptım, yahut o ev ömrüm boyunca, yani umre yoluyla sana aittir." Bunun manası, o ev o kimsenin ömrü müddetince bu sözün muhatabına aittir. O kimse ölünce, mal, sözü söyleyene geri döner. Bu sözü söyleyene **mûmira**, sözün muhatabına **mûmara leh** denir.

Hz. Peygamber sözün muhatabının ölümünden sonra malı geri alma düşüncesini batıl kabul etmiş, böylece umreden aynın mülkünün daimi olarak mûmara lehe ait olacağı sabit olmuştur. Daha sonra, mûmira'nın ölümünden sonra onun mirasçılarına ait omuştur.

21. olarak **muvâla** veya **himaye** akdini söyleyebiliriz. Bu, iki kişiden nesebî mirasçı olmayan birinin diğerine şöyle demesiyle teşekkül eden bir akittir. Sen efendimsin veya sen velimsin; ölürsem (ben ölünce) bana mirasçı olursun ve cinayet işlersem beni muhafaza et. Beni muhafaza et lafının manası, eğer benden hatalı bir cinayet veya suç sâdır olursa (veya başka bir suç sanığı olursam), benim adıma hukuki diyeti öde demektir. Bu akitleşmeyle iki taraf arasında **himaye** akdi sabit olur. Yani sözü söyleyen kimse, hatalı veya sanık olunca, bu akdi kabul eden, cinayetin mali mükellefiyetiyle mükellef olduğu gibi, ölünce terekesinin tamamında, miras kaidelerine göre, bu akdin gereği hak sahibi olur.

22. akit **ikale akdi**. Modern hukuklarda bunun manası **fesihtir.** Mecellenin 190- 196. maddelerinde düzenlenmiştir. İslâm Hukukundaki manası, iki tarafın aralarında mevcut bir akdi fesih ve hükümlerini kaldırmak üzere anlaştıkları bir akittir. Yani akdin hükmünü kaldırmak için ayrıca bir akit yapılmış kabul ediliyor.

23. akit **evlenme akdi** veya **nikah akdidir**. Bu akit, modern hukuklarda akitler kısmında düzenlenmemiş, aile hukuku içinde düzenlenmiştir ve uzun zaman modern hukukçular evlenme işleminin bir akit mi olduğu veya değilse ne olduğu konusunda tartışmışlardır. Hocam Prof. Ferit Hakkı Saymen'in görüşüne göre bir akit değil, bir şart tasarruftur, fakat genel olarak Türk hukukçularının görüşüne göre ise evlenme bir akittir.

24. olarak **vasiyet akdi**. Vasiyet bir insanın hayatında ölümünden sonra malını birine bağışlamasını gerekli kılmaktadır veya gerekli olmasını istemesidir. Gerekli kılan yani bunu isteyen mal sahibidir ki **mûsi** ismini alır. Diğer tarafa **mûsa leh**, bu gayeye tahsis kılınan mülke ise **mûsa bih** ismi verilir.

O halde vasiyet insanın yaşarken yaptığı ve fakat hükmü ölümünden sonraya muzaf olmak üzere bir bağışlamadır. Mirasçıların hakları ile terekeye taalluk ettiği bir akittir. Tâbi eğer vasiyet, malının üçte birini aşarsa,

sadece üçte biri içinde tenfiz edilir. Fazlası mirasçılarına aittir. Bu, modern hukuktaki mahfuz hisseye benzemektedir. Vasiyet konusu çok geniş bir konudur. Üzerinde çok şeyler söylenmiş, yazılmış ve insanların da oldukça sık kullandıkları bölüme bağlı tasarruf hükmünde bir işlemdir.

25. **Îsa akdi** veya **vesâye** ismi verilen **vasiyeti tenfiz** ile ilgili bir akittir. **Îsa akdi** insanın hayatında ölümünden sonra onun adına diğer bir şahsa müteveffanın vasiyetini tenfiz ve küçük çocukların idaresinin verilmesini gerektiren bir akittir. Mesela: Filan, eğer birine vasiyet ile bir görev verirse, falan şahsa vasiyetimi infaz etme yetkisi ve görevi verdim denilirse bu, lâik hukuktaki 'vasiyeti tenfiz memuru' ismi ile anılan bir müesseseyi andırıyor. İslâm Hukukunda ise bunun bir akit olduğu kabul edilmiş ve o şekilde düzenlenmiştir.

Osmanlı devletinden beri memleketimizde yetimlerin mallarının idaresi için vasilerin yetkilerinin sınırlandığı ve şeri mahkemelere bağlı olan ve **yetimler konseyi** ismi verilen heyetin kontrolünde kanuni metodlar ile (yollar ile) onları bağlayan bir rejim vardı. Ve diğer devletlerde mesela, Mısır'da, **Kadri Paşa'**nın ahvali şahsiye kanunnamesinin 435-481. maddelerinde bu konular düzenlenmiş bulunmaktadır.

İslâm Hukukunda akitler kısaca bunlardan ibarettir.

4. Diğer Ayrımlar

Bunun dışında akitler kısmında çok kısa olarak şu başlıkları da söyleyebiliriz: **Meşrû akitler, yasak akitler** ayrımı İslâm Hukukunda da var. Yasak akitlerden maksat, **melakih** veya **mezamin** satımı gibi akitlerdir. Yani daha doğmamış hayvan yavrusunun satımının yasaklandığı ve meşru olmadığı kabul edilmiştir.

Bir başka başlık: **aynî akitler, rızaî akitler** ayrımı da vardır. Ayni akitler ancak aynının ödenmesiyle, yani teslimiyle teşekkül eden akitlerdir. Vedia ve ariyet akitleri gibi. Rızai akitler ise, teslime gerek olmayıp, rıza ile teşekkül eden akitlerdir. Satım ve kira akti gibi.

Akitlerin **nâfiz** ve **mevkuf** akitler diye ayrılması, ayrıca **devamlı** ve **süreli akitler** ayrımı, **bağlayıcı** ve **bağlayıcı olmayan akitler** ayrımı, **ivazlı akitler-ivazsız akitler** ayrımı vb. ayrımlar İslâm Hukukunda da

vardır. İvazsız akitlere **teburru akitleri** ismi de verilir. Bu ve buna benzer konularda İslâm Hukukuyla modern hukuk konusu hemen hemen büyük benzerlik, hatta ayniyet arz etmektedir.

Çok tipik bir fark olarak faizli akitleri burada söyleyebiliriz. Faizli akitler, Kur'ân-ı Kerîm'de ve hadislerde faiz yasaklandığı için, bâtıldır. Yine bunun gibi suç işlemeye teşvik eden, insanları gayri meşru bir fiil işlemeye sevk etmek üzere yapılan anlaşmalar da batıl akitlerdendir.

Görüldüğü gibi İslâm Hukukuyla modern hukuk arasında bilhassa medeni hukuk alanında büyük benzerlikler ve hatta ayniyet mevcuttur. Öyle zannedildiği gibi bütünüyle farklı iki hukuk sistemi değildir.

Bundan sonraki bölümde, medenî hukuk ile ilgili bazı konuları daha yakından görmeye çalışacağız. Özellikle, akitler konusunda, İslâm ve lâik hukuk sistemleri arasında karşılaştırmalar yapacağız.

D- AKİTLERİN FARKLI KISTASLARA GÖRE SINIFLANDIRILMASI

Aşağıda, akitlerin farklı kıstaslara göre sınıflandırılmalarını ele alacağız. Bu konuyu çeşitli örneklerle mükemmel şekilde ortaya koyan âlim **Prof. Dr. Mustafa Ahmet ez-ZERKA**'nın, *"İslâm Hukuku"*[216] adlı kitabından bir bölümü paragraf numaraları ile birlikte buraya alıyoruz:

Giriş:

294- Akitler genel olarak dayandıkları esas, hedef aldıkları mevzu, ayırıcı özellikleri, ihtiva ettikleri vasıf ve hükümler, ve İslâm Hukukunun diğer ölçüleri (kıstasları) bakımından biribirinden ayrılırlar.

Her grup akit ve onlara dahil küçük alt gruplar, bazı bakımlardan aralarında farklar ve aykırılıklar olsa da, bazı açılardan ve kıstaslarda aynı özelliklere sahip olup, ortaktırlar.

Mesela, vedia, âriyet, kira ve şirket, emânet akitlerinden olma bakımından ortaktırlar: Yani, akdin mevzuu, üzerine akdin yapıldığı ve icra edildiği mal, vediayı alan (vedi), ariyeti alan (müsteir) veya ortağın elinde

---

[216] s. 474- 492, İstanbul, 2006, Gündönümü y., (Terc.: Servet Armağan).

emanettir ve korumada tecavüz (teaddi) veya kusuru olmadan vukua gelen telef ve hasardan mesul değildir. Ama meselâ, satım, kasame (taksim), sulh ve ödünç (karz) akitleri, zaman (tazminat) akitlerindendir ve bu sebeple mücerret teslim edilerek icra edilmesiyle, aktin üzerinde icrâ edildiği mal, teslim alan akit tarafın mesuliyetine girmiş olur. Ve bu sebeple, semâvî bir âfet ile de olsa, telef ve hasar ortaya çıkarsa, bu, onu teslim alan âkit tarafın mesuliyetine dahildir.

Tazminat bakımından bu iki ayrı grup akitlere dahil akitler, bir diğer bakımdan bir başka grup içinde birleşebilirler.

Meselâ, vedia, âriyet ve ödünç (karz) akitleri, yukarıda belirtildiği gibi, ancak icra (tenfiz) ve teslim ile tamamlanan aynî akitlerdendirler; halbuki satım, kasame, sulh, kira ve şirket aynî âkit sayılmazlar, hükümleri, icraya bağlı olmaksızın tamamlanır ve hüküm ifade eder, mücerret icap ve kabul ile müşteri mebie (satılan şey) ve kiracı menfaate mâlik olur.

Diğer taraftan, akitlerin sınıflandırılması, bir sınıfı diğerinden ayıran çeşitli kıstaslara göre yapılmalıdır. Öyle ki aralarındaki ayırım, çeşitli İslâm Hukuku hükümleri ve neticelerine esas olsun veya bu akitlerin okutulması ve hükümlerinin ıslahı bakımından tenâsüb, bağlantı ve düzeni gerçekleştiren tertibe temel olsun.

İslâm Hukukunda akitler, çeşitli kıstaslara göre, şu şekilde farklı sınıflara ayrılırlar:

295- ***Birinci kıstas - İsimlendirme:***

Bu açıdan akitler iki gruba ayrılırlar:

1- ***İsimli akitler***: Bu akitler, İslâm Hukukunun, akitlerin mevzularına işaret eden bir isim ve kuruluşlarına taalluk eden aslî hükümler kabul ettiği akitlerdir. Satım, bağışlama, kira, şirket ve bundan önceki bölümde belirtilen diğer akitler gibi.

2- ***İsimsiz akitler***: Bunlar, mevzularına uyan özel bir terim ile isimlendirilmemiş ve İslâm Hukukunun özel hükümler bağlamadığı akitlerdir.

İsimsiz akitler çoktur, sayılamaz, çünkü âkit tarafın ihtiyacı ve meşrû hudutlar ve gayeler dahilinde üzerinde anlaşılmış mevzulara göre çeşitli

tipleri vardır. Bu gruptaki akitleri birleştiren, ortak özellik "**akit**" veya "**ittifak**" tabirleridir.

İslâm Hukukunda, çeşitli asırlarda birçok yeni akit doğmuş, islâm hukukçuları bunlara özel isimler vermiş ve hükümler bağlamışlar, böylece isimli akit olmuşlardır: Bey' bil-vefa (vefalı satış), vakıf mallarında yapılan "**İcareteyn**" ve "**tahkir**"[217] ve satım akdinin bir çeşidi olup, bu gün "**cârî hesap**" diye adlandırılan işlem kabilinden olan **"isticrar"** akitleri gibi (Bkz. Redd 4/12).

Bazı akitler ise, kendisine bir isim verilinceye kadar, isimsiz olarak kalmakta devam edebilir.

Bu kabil akitlerden biri, yukarıda belirtildiği gibi (f. 266 ve 273), satım ile rehin arasında tereddüt edilen **"bey' bilvefa"** aktidir.

Satım, vaad ve kiralama arasında tereddüt edilen istisna akdi de aynı şekildedir.

Yine bu kabilden olmak üzere, bu asırda, gazete ve diğer vasıtalarda yayın ve ilân akdi bir misaldir. Bir başka misal, **"Mudayefe"** ismi verilen akittir (yemek içmek dahil otellerde kalmak). Çünkü iki akitten meydana gelmektedir. Çünkü, mekân ve hizmet bakımından kira, yemek ve içmek bakımından ise, satım akdidir. Çok yaygınlaşmış ve zaruret olmasına rağmen, bu akde bir isim verilmemiştir.[218]

---

[217] *İcareteyn akdi:* Vakıf mütevellisinin, vakfın "tâmire muhtaç" bir binasını, tamir edecek mâli kudreti olmayınca, tamir etmeğe yetecek bir meblağı vermek ve veren şahsın bu gayrı menkulde senelik cüzi bir bedel ile söz (karar) sahibi olması konusunda, onunla anlaşma yapmasıdır. *Tahkir akdi:* Boş bir vakıf arazinin, "müaccel bedel" ismi ile kıymetine yakın bir meblağı verme karşılığı bir şahsa terketmek ve o şahsın o arazide söz (karar) sahibi olması, tıpkı maliklerin tasarrufları gibi, inşaat, ekip biçmek gibi tasarrufta bulunması ve senelik cüzi bir bedel ödemek üzere andlaşmaktır. Bu iki akde, vakıf mallarını satmak caiz olmadığı için sığınılmıştır. Her ikisinde karar (söz) sahibi olma hakkı, miras yolu ile geçer ve satılabilir. Bizdeki (Suriye'de) kanunlar, vakıf ile söz sahibi olan arasındaki münasebetleri teferruatlı bir şekilde düzenlemişlerdir. Bu iki akdi yukarıda verdiğimiz isimli akitler arasında saymadık, çünkü temel (esas) akitlerden olmayıp, kira akdinin bir çeşididirler.

[218] İtalya ile Fransa arasında müşterek tek bir medeni kanun olması için hazırlanan İtalya-Fransa Kanun Projesi, bu akdi, "*Hôte*" kelimesinden türetilmiş olarak "Hotellerie" diye adlandırmıştır. Ücret karşılığı gecelemek için kabul ettiğinden dolayı kullanılan "Hotel" kelimesi de bu kökten gelir. Benzer şekilde kelime türeterek bu akdi Arapça "mudayafa" diye isimlendirmeyi uygun gördüm.

Taahhüd ve iltizam (borçlanma) akitleri de böyledir: Bizim eski Hukuk Muhakemeleri Usulu Kanunu, ki Osmanlı Kanunu idi, bu akitleri zikretmişti. "*Taahhüd ve İltizam*" başlığı taşıyan bölümün konusu bu akitler idi. Yeni Suriye Medeni Kanunu bu akitleri "*mukavele*"[219] olarak adlandırmıştır.

Aynı şekilde, ülkesinde petrol ve mâden arama imtiyazı veren devletler ile yapılan şirket akitleri, bugün "**antlaşmalar=ittifaklar**" başlığı altında yer alıyor.

İslâm Hukuku, diğer mevzulara taşmaya engel olan, sadece muayyen mevzularda akit yapmaya inhisar etmez. İslâm Dini hükümlerinde, akitler konusunda, Dinin koyduğu genel kaide ve şartlara aykırı olması dışında, akitlerin çeşitleri ve mevzularını sınırlayan bir hüküm mevcut değildir.

Bu konudaki genel prensip Kur'ân-ı Kerîm'in şu âyetidir:

"*Ey iman edenler, akitleri ifa ediniz.*" (Mâide, 1)

Bu, modern hukuk teorisinin kabul ettiği bir esastır.

Roma Hukukunda isimli akitler ile isimsiz akitler arasında ayırım yapmanın önemli neticeleri vardı. Bu Hukuk, kabul ettiği ve isimlendirdiği akitlere bağlayıcı bir kuvvet tanımıştı. Bunun dışındaki çeşitli anlaşmalara ise, ancak anlaşma yapılan hususu taraflardan biri icra edince, ve zor şartlar altında, bir bağlayıcılık tanımıştır.

Bugünkü modern hukuk hükümlerinin ışığı altında, bu ayırımın artık hukukî bir neticesi yoktur. Çünkü taraflar özel hakları çerçevesinde, genel ahlâk ve kamu düzeni hudutları içinde her mevzuda akit yapabilirler. Ve isimsiz akitler, yapılmaları ve hükümlerinde hukukun bütün akitler için kabul ettiği genel kaidelere tâbidirler.[220]

Bu duruma göre, akitleri isimlendirmenin kolaylık dışında bir neticesi yoktur. İsimli akit insanlar arasında çok yaygındır. Bu sebeple âkit tarafla-

---

[219] Bu başarısız bir tercümedir, çünkü akdin mevzuuna delâlet etmiyor. Medeni Kanun, 162. md. sinde bu akdi şöyle tarif etmiştir: "*Âkitlerden birinin, diğer tarafın bir ücret taahhüdüne mukabil bir şey yapması veya çalışmasıdır.*"

[220] İşte Suriye Medeni Kanunu hükümlerinin gerekli gördükleri hususlar bunlardır. Bizdeki eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 64. md. sinde aynı hüküm kabul edilmiş bulunuyordu. Yukarıda buna işaret etmiştik (Bkz. fıkra 256).

ra kolaylık olsun diye akdin hükümlerini tafsilatı ile düzenleyen hukuk ve İçtihadda yer alır, ta ki taraflar yaptıkları akdin maksatlarının tafsilatında tereddüde düşmesinler ve hukukun koyduğu hükümlere dayansınlar (Bkz. Prof. es-Senhuri, "Akit Teorisi", fıkra 124-128).

Diğer taraftan isimli ve isimsiz akitler meselesi, adı geçen eserde beyan edildiği gibi (Bkz. fıkra 209, 210), irade hâkimiyeti ve andlaşmanın şartlarında serbestlik prensipleri ile de yakın alakalıdır.

296- ***İkinci Kıstas-Meşruiyet:***

Bu açıdan akitler iki gruba ayrılırlar:

1- **Meşrû akitler:** Bunlar, İslâm Hukukunun caiz gördüğü ve yapılmasına izin verdiği akitlerdir. Mütekavvim bir malı satmak, rehin ve bağışlama gibi.

2- **Yasak akitler:** Bunlar, İslâm Hukukunun yasakladığı akitlerdir. Anne karnındaki ceninin satımı ve arap-cahiliyye devrinde tatbik edilen ve İslâm Dininin yasakladığı "**Melâkih**" ve "**Mezamin**"in satımı gibi.[221]

Aynı şekilde, küçüğün malından teberrü (hibe) akdi yasaktır. Ve genel adaba, ya da kamu düzenine aykırı akitler de yasaktır. Suç işlemek için insan kiralamak ve mut'a nikâhı gibi. Bütün bu akitler gayr-i meşrû olup, yasaktır.

Yasak akdin neticesi, daha önce belirtildiği gibi, in'ikad şartlarından biri bulunmadığı için in'ikad etmemiş sayılması, bâtıl olmasıdır. (Bkz. fıkra 14 ve 172).

297- ***Üçüncü Kıstas-Akdin Sıhhati:***

Bu açıdan da akitler iki gruba ayrılırlar:

1- **Sahih Akitler**: Bunlar, aslında ve teferruatında, İslâm Hukukunun istediği genel ve özel şartları bulunan akitlerdir. Metekavvim bir malı,

---

[221] Melâkih satımı: Dişi hayvanların gebe kalacağı şeyin satımıdır.
Mezâmin satımı: Hayvan dölünden doğacak şeyin satımıdır (Bkz. *Redd*, 4/102).
Bu satımlar câhiliyye devrinde, deve ve at soyu üzerinde yapılagelmekteydi. Bu satımlarda aldanma-zarar (garar) olduğundan, Hz. Peygamber yasaklamıştır. Doğan yavrunun meşrû satımı için, doğmasını beklemek gerekir.

peşin veya bilinen bir vâdeye kadar, bilinen bir bedel ile satmak ve bir aynı, belirli bir müddetle muayyen bir bedel ile kiraya vermek gibi.

2- **Fâsid akitler**: Bunlar, bazı tâli hususlara ait şartların bir kısmının olmaması halindeki akitlerdir. Meçhul yani muayyen olmayan bir bedel ile bir şeyi satmak veya muayyen bir bedeli ile fakat meçhul bir vadeye kadar satmak gibi. Aynı şekilde bedeli veya müddeti belirli olmayan kira[222] akdi bir misaldir.

Fesadın manası ve hükmünün açıklanmasını hukukî müeyyideler teorisi bahsinde göreceğiz.

298- ***Dördüncü Kıstas - Aynîlik:***

Bu açıdan da akitler iki gruba ayrılır:

1- **Aynî akitler:** Bunlar, tamamlanması için akdin üzerine kurulduğu şeyin teslimi şart olan akitlerdir. Bu akitlerin tamamlanması ve hüküm doğurması, ancak icra edilmesi ile mümkündür. Bu akitler, daha evvel belirtildiği gibi, 5 adettir (fıkra: 163 Bağışlama, âriyet, vedia, para ödüncü ve rehin).

2- **Aynî olmayan akitler:** Tamamlanması ve hüküm doğurması, mücerret akdin yapılması ile gerçekleşen akitlerdir. Bunlar birinci grup dışındaki diğer akitlerdir.

299- ***Beşinci Kıstas-Şeklilik:***

Bu açıdan da akitler iki gruba ayrılırlar.

1- **Şekli akitler:** Bunlar, daha önce belirtildiği gibi, akit sırasında ilân etmek şeklinde şeklî şartlara tâbi olan akitlerdir.[223] Hak inşa eden akitler ve

---

[222] Akitleri, münakid ve batıl diye gruplara ayırmadık, çünkü bâtıl, İslâm Hukuku gereğince yoktur, bu sebeple sınıflandırılması olamaz.

[223] Fransa, İsviçre diğer Avrupa Devletleri gibi, lâik hukuk sistemini benimseyip, medeni *nikâh*ı kabul etmiş devletlerde evlenme akdi ahval-i şahsiyye memuru nezdinde bulunan medeni sicile kayıt yoluyla alenî hale gelmektedir. Meşhud (görülmüş)ve meşhur (duyulmuş)da olsa, bu şekilde sicile kaydedilmeden evlilik muteber değildir. Fransız Medeni Kanununun 75. md. si, iki nişanlının evlendirme memurunun önüne gelmelerini şart koşuyor. Evliliklerini ilan için huzurları ve *nikâh* akdi defterini imzalamalarını gerekli görüyor ve evlilik akdinde vekaleti kabul etmiyor (Bkz. Daloz., Precis de droit civil=*Medeni Hukuk*, 1/101).

kanun koyucunun-mecbur tuttuğu evlenmedeki merasimler gibi. Çünkü kanun koyucu akdin sıhhati için bunları şart koşmuştur. Ayrıca gayr-ı menkul üzerindeki mülkiyet, rehin, irtifak ilâh... aynî hakların tesisi gibi... Çünkü kanun hükümlerinde, bunların tapu siciline kaydedilmesi mecburiyeti vardır. Bu da ya akdin in'ikadı için ya da neticelerinin başlaması için ve akit olmayan taraflara karşı kullanılır. Kanun koyucunun bu tedbirlerden beklediği gayelere daha önce temas etmiştik. (bkz. f. 168).

2- **Rızaî akitler:** Şekilsiz akitler olup, in'ikadı için sadece tarafların rızası kâfidir, akitlerin çoğunluğunda olduğu gibi.[224]

300- ***Altıncı Kıstas-İnfaz:***

Akitler bu açıdan da iki gruba ayrılırlar:

1- **Nâfiz akitler:** Bunlar, taraflar dışında birinin hakkı ile ilgili bir

---

Modern Türkiye (Lâik hükûmetin ilânından sonra), yeni Medenî Kanununda medenî *nikâh* prensibini benimsemiştir. Ancak halkın çoğu, medenî usullere bağlanamıyor, çünkü, İslâm Hukukunda şâhit gösterme yoluyla ilân, inançla ilgili olan bu mevzuda medenî bir çözüm yolunu ifade etmektedir. Bunun neticesi, halen Türk hükûmeti büyük bir problem karşısında bulunmaktadır. O da, hukuk ve yargı sahasında gayr-ı meşrû kabul edilen, nesepleri sahih olmayan ve nesebe ait ailevî haklardan istifade edemeyen (evlilik dışı) çocuk ordusunun varlığıdır. Halbuki Müslüman Türk halkının fertlerinden olan ve İslâm Dinine inanan akdin iki tarafının *nikâh*ı, İslâm Hukuku nazarında meşrûdur. Bu, çevre, halk, inanç ve sosyal şartların bünyesine uygun olmayan yabancı kanunları almada körü körüne taklidin bir neticesidir.

Bizim Suriye'de, Osmanlı Türk idaresi devrinde çıkarılmış aile kararnamesi ve nüfus kanunu, dinî mahkeme marifetiyle evlenme akdinin yapılmasının, mahkemedeki *nikâh* siciline ve nüfus siciline (ahval-i medeniyye) kaydedilmesi mecburiyeti getirmiştir. Bunlar, dinî ve sağlık engellerinin bertaraf edilmesi, nüfus durumlarını düzenleme, doğumları kayıt ve istatistikleri düzenli bir şekilde tutmak gayesiyle yapılmaktadır. Ancak bizdeki bu kanun hükümlerine göre, mahkemenin kontrolü dışında, tescil edilmeden fakat dinî şartlara uygun olarak yapılan evlilik muteber olup, karı-koca dinî mahkeme önünde ilân edince veya iki tarafdan biri isbat edince, evliliğe taalluk eden bütün aile hukuku ve medeni neticeleri ortaya çıkar. Fakat mahkemenin aracılığı olmadan evlililiğin bu şekilde icrası, karı kocaya ve aralarında şahitlerin huzurunda bu *nikâh*ı akdeden kimseye muayyen bir ceza verilmesini gerektiren bir aykırılık kabul edilir. İşte bizde Ahval-i Şahsiyye Kanununun kabul ettiği sistem budur. Bu sistem, bu mevzuda en iyi ve en âdil olanıdır ve İslâm Hukuku bakımından da makbuldür. Böylece görüyorsunuz ki, İslâm Hukukunda evlenme akdi, sırf lâik olanlar da dahil, diğer sistemlerdekinden daha kolay ve az şeklîdir.

[224] Akitlerin şekliliği bugün hukuk politikası, yargı düzeni ve malî vergilerle ilgisi olan her meselede kanun hükümlerinin genişlik ve yumuşaklığına götürür. Dâva vekâleti, yargı nazarında, ancak özel şekilde tescil ve tasdik edilmişse muteber kabul edilir. Ve hukukî şirketler akdi, ancak Medeni Kanunun 475. md. sine uygun olarak kaleme alınmışsa, uygulanabilir.

engeli kaldırmak, o kimsenin iradesini almaya bağlı bulunmayan ve infazına engel her türlü engellerden uzak akitlerdir.

2- **Mevkuf akitler:** Bunlar akit taraflardan başka birinin hakkına tecavüz eden ve durdurulması onun irade ve icazetini gerektiren akitlerdir. Temsil yetkisi bulunmayan kimsenin (fuzulî) yaptığı akit veya infaz edilememe bahsinde belirtildiği gibi (Bkz. fıkra 194/4), ikrah gibi akdin infazına engel diğer bir mani bulunan akitlerdir.

301- ***Yedinci Kıstas-Bağlayıcılık (lüzum) ve Devamlılık:***

Akitler bu açıdan dört gruba ayrılırlar:

1- **Bağlayıcı (lâzım) akit:** Bunlar iki taraf için bağlayıcı olan ve karşılıklı anlaşma (ikale) ile feshedilemeyen akittir. Bu, evlenme akdidir. Çünkü yukarıda belirtildiği gibi (fıkra 290), karşılıklı rıza ile ilga edilemez. Yani karşılıklı anlaşma ile iptal edilemez, ancak İslâm Hukukundaki özel yollarla sona erdirilmesi kabul edilmiştir. Boşanma, muhalaa, erkeğin kusurları sebebiyle kazai boşanma ve İslâm Hukukunda kabul edilen diğer sebeplerin varlığı halinde fesh gibi. Bunlar, İslâm Hukuku kitaplarının ilgili yerlerinde, eski Osmanlı Aile Hukuku kararnâmesi md. 119-130'da ve bizim Ahval-i Şahsiye Kanununun evliliğin inhilâli (sona ermesi) faslında belirtilmiştir.[225]

2- **İki tarafı bağlayıcı akitler:** Ancak iki tarafın ittifakı (ikale) yoluyla fesh ve ilgası kabul edilmiş satım, sulh ve diğer bağlayıcı akitler bu gruba misaldir.

3- **Taraflardan sadece birini bağlayan akitler:** Rehin ve kefâlet gibi.

---

[225] İslâm Hukuku delillerine göre, boşama ve eşler arasındaki evliliğe son verme sebepleri, evlenme akdinin iptali demek değildir, bilakis burada belirttiğimiz gibi, sona erdirmedir. Meselâ evlilik ile sabit olan (ortaya çıkan) sıhrî hısım ile evlenme yasağı, boşama ve mahkeme kararı yoluyla boşanma ile ortadan kalkmaz: Meselâ karısını boşamış dahi olsa, onun annesi (kayınvalide) ile evlenme yasağı ebedi olarak devam eder.

Câmiu'l-Fusuleyn eserinin sahibi, İslâm hukukçularının "*Evlenme akdi feshedilemez*" sözünü, evliliğin dinden çıkma (ridde) ve eşlerden birinin diğerine sahip olması (köle olarak) halinde feshedildiğini söyleyerek şüphe ve tereddüt husule getiriyor (1/334, Hiyarat bahsi 25. fasıl, Ezher matbaası tabı). Sona erme ve iptal arasındaki ayırıma ait açıklamamız ile bu problem (şüphe ve tereddüt) ortadan kalkıyor. Hukukçuların evlenme akdinin feshedilemez yolundaki sözlerinin manası, iptal edilemez demektir.

Bu iki akit rehin veren ve kefil için bağlayıcı olup, alacaklı mürtehin ve lehine kefil olunanı bağlamaz. Çünkü bu iki akit, herbirinin hakkını garantiye bağlayan şahsî menfaati lehinedir. Bu sebeple istediği zaman rehin ve kefaleti feshederek alacağının garantisinden vazgeçebilir.

4- **Taraflardan hiçbiri için bağlayıcı olmayan akitler:** Bu akitlerde herbir tarafın rücu ve ilga hakkı vardır. Vedia, âriyet ve vekâlet gibi. Bunlar hakkında daha önce akitlerin genel neticilerinin bağlayıcılığı bahsinde bilgi verilmişti (fıkra 197-202).

302- *Sekizinci Kıstas-Hakların Mübadelesi:*

Akitler bu açıdan üç gruba ayrılırlar:

1- **İvazlı akitler:** Bunlar, iki taraftan birinin bir şey almak ve mukabilinde bir şey vermek suretiyle karşılıklı vecibeler tesis etme esasına dayanan akitlerdir. Satım, kira, mala karşı mal ile sulh gibi.

2- **Teberru akitleri:** Bunlar, taraflardan birinin diğerine bağışı ve yardımı esasına dayalı akitlerdir. Bağışlama ve âriyet gibi.

3- **Başta teberru, sonunda ivazlı akitler:** Ödünç (karz), borçlunun isteği üzerine kefalet ve ivaz şartlı bağışlama gibi:

a- Borç veren (mukriz), borç alanın istediği malı ona vermekle, onun bu arzusunu yerine getirmekle teberru yapandır.

b- Borçlunun isteği üzerine kefil olan, borçlunun borcunu eda etmeği taahhüt etmekle teberru yapandır.

c- Bağışlamasına mukabil ivaz şartı ile bağışlama yapan, verdiği şey ile teberrü yapan durumundadır.

Ancak borç veren, verdiğinin karşılığını isteyince, kefil, borçlu adına ödediği ile borçluya rücu edince ve bağışlayan, bağışladığına mukabil, lehine bağış yapılandan bir şey alınca, akit vasıf değiştirir ve ivazlı olur.

Bunun neticesi olarak bu kabil akitlere başta teberrü şartları sonunda ise ivaz hükümleri tatbik edilir. O halde bu akitlerde, âkit tarafın teberrua ehliyetinin varlığı şarttır. Meselâ, küçüğün kefaleti muteber değildir, bağışın ivazında satım akdinin hükmü işler (câridir) ve meselâ ayıp halinde iade edilir, eğer gayr-ı menkul ise, şuf'a ile alınabilir (şuf'a hakkına sahip

olur) (Mecelle md. 1022). Eğer kefalet, borçlunun talebi ile değil de bir şahsın serbest iradesi ve isteği ile borçluya kefil olunmuşsa, tamamiyle bir teberru hükmündedir. Çünkü bu takdirde artık kefilin borçlu için ödediği şey için ona rücu hakkı yoktur. (Bkz. Dürr, 4/271-1272).

303- ***Dokuzuncu Kıstas-Tazmin (التضمين: zaman)***

Akitler bu açıdan üç gruba ayrılırlar:

1- **Tazmin (Zaman) akitleri:** Aktin ifa ve icrası icabı bir elden diğer ele intikal eden mal, teslim alanın tazmin mesuliyetine geçmiş kabul edilen akitlerdir. Bu sebeple semavî afet de olsa, mala gelecek telef ve hasardan teslim olan mesul olur.

Bu akitler şunlardır: Satım, taksim, mala karşı mal ile sulh, muharece (varislerin terekeden çıkma anlaşması), ödünç ve bu akitlerin ikalesi (karşılıklı feshi).

2- **Emanet akitleri:** Akdin icrasında teslim alınan malın, teslim alanın elinde emânet sayıldığı akitlerdir. Bu sebeple teslim alan, tecavüz veya muhafazada kusuru bulunmadıkça, teslim edilene gelecek telef ve hasardan mesul olmaz.

Bu akitler şunlardır: Vedia, âriyet, bütün çeşitleriyle şirket, vekâlet ve vesâyet.

3- **Çift vasıflı akitler:** Bir tarafdan tazmin diğer tarafdan ise emanet hükümlerini ortaya çıkaran akitlerdir.

Bu akitler şunlardır: Kira, rehin ve mala karşılık menfaat ile sulh.

Kira akdinde, kiralanan mal, kiracının elinde emânettir. Fakat üzerine akit yapılan şey, istifade edilmek üzere menfaattir ki, mücerret istifade edebilme kabiliyeti ile beraber, kiracının elinde tazminlidir. Bu sebeple, kiracı kiralanan şeyi, istifade etmeden kira müddeti içinde terkederse, boşa giden menfaat aleyhine işler ve bu menfaatin kıymeti olan ücreti ödemeğe mecburdur (Mecelle md. 470).

Mala karşılık menfaat ile sulh, akitlerin çeşitleri bahsinde belirtildiği gibi, kira hükmündedir. (Bkz. fikra. 284)

Meselâ, sulh yapan taraflardan birinin, muayyen müddet içinde

menfaati üzerinde sulh akdi yapılan şeyin bedeli olmak üzere verdiği mal kiracının elinde kiralanan şey gibi kabul edilir. Bu malın menfaatı, onu teslim alanın hesabına tazminlidir (mazmundur). Ve bu sebeple müddetin işlemesiyle sulh bedeline karşılık ondan istifade edilmiş kabul edilir, ama malın kendisi (aynı) onun elinde emânettir.

Rehin edilmiş mal, daha evvel belirtildiği gibi, borca tekabül eden kısmı rehin alanın üzerine tazminli, fazlası ise onun elinde emanettir (Bkz. fıkra 87).

303/2- ***Tazminli ve emanet akitleri arasındaki ayırımın kıstası:***

Çeşitli durumlarda, hükümler ve hukuki illetlerinden çıkarılan neticelerin verdiği kanaate göre, tazminli ve emânet akitleri arasındaki ayrımın üzerine kurulduğu İslâm Hukuku prensibi sonu itibariyle de olsa, tazminat düşüncesinin, ivaz manasıyle beraber söz konusu olduğudur. Bu takdirde akit, ivazlaşmanın taalluk ettiği açıdan tazminli akit olmaktadır. Ve bu açıdan kabzeden mesul hale gelmektedir. Bunun dışındaki hallerde ise, akit emanet akdidir. Teslim ve tesellüm ile yapılan akdin ifası teslim alanı, aldığı mal üzerinde emin hale getirmektir.

Bu prensipten şu neticeleri çıkartabiliriz:

a- Satım akdi mutlak olarak bir tazmin akdidir. Aynı şekilde mala karşı mal ile sulh akdi de böyledir. Çünkü ikisinde de akdin konusu olan malın kabzı, kabzedenin ivaz karşılığı hakkı olan istifade etmek esası üzerine olan bir kabzdır.

Ödünç akdi de aynıdır. Çünkü mal, ivaz olarak mislini iade etmek esasına dayalı mülkiyeti geçirmek üzere olan bir kabzdır.

b- Kira akdindeki karşılıklı ivaz ise, kiralanan şeyin aynı olmayıp, ücret ve menfaattir. Ayn'ın teslimi ise ancak menfaatinden istifade için zorunlu bir vesiledir. Bu sebeple kira, ücret ve menfaat bakımından bir tazminli akittir, çünkü her ikisi de karşılıklı ivazın konusudur ve ona taalluk ederler. Ve kiraya veren teslim aldığı ücretten, kiracı ise, tasarrufu altındaki menfaatten mesul olur.

Ama kiracının elindeki kiralanan şeyin aynı ise, akit onun hakkında bir emânet akdidir.

Rehin akdi de böyledir. Daha evvel belirtildiği gibi (fıkra 87), rehne-

dilmiş malı kabz, garanti manasının yanında, gerektiğinde istifade esasına dayalı bir kabzdır.

Buradaki istifade ivazdır. Ancak rehnedilen maldan istifade borç miktarı ile sınırlanmıştır. Rehnedilenin fazla kısmı ise, emânettir, çünkü bu kısım için bir ivazlaşma sözkonusu değildir.

c- Ariyet, vekâlet ve benzeri akitler ise, karşılıklı ivaz verme manasından tamamen mahrumdurlar. Bunlar emanet akitleri olarak kabul edilir ve müekkilin malı vekilinin elinde, küçüğün malı vasisinin elinde, ortağın malı ortağının elinde, ariyet mal, âriyeti alanın elinde akit gereğince, mazmun olmayıp, sadece ve sadece emânettir, vedia gibi.[226]

304- ***Onuncu Kıstas-Akdin Gayesi:***

Akitler bu açıdan beş gruba ayrılırlar:

1- **Gayesi temlik olanlar:** Satım, bağışlama, vasiyet, kira ve âriyet gibi.

2- **Gayesi ortaklık olanlar:** Şirket, mudarabe ve müzaraa gibi.

3- **Gayesi teminat olanlar:** Rehin ve kefalet gibi.

4- **Gayesi tevkil olanlar:** Vekâlet ve vesâyet gibi.

5- **Gayesi muhafaza ve koruma olan:** Vedia akdi.

305- ***Onbirinci Kıstas-Zamana Bağlılık (süreklilik):***

Akitler bu açıdan da iki gruba ayrılırlar:

1- **Ânî ifalı akitler:** Bunlar, icra edilmeleri devamlı olarak akdi meş-

---

[226] "*el-Hidaye*" adlı kitabın Şirket-i inan bahsinin sonunda şu ibare var: "*Ortağın, ortaklık malı üzerindeki eli emânet elidir, çünkü o malı malikin izni ile kabzetmiştir, bedel ve teminat için değil ve bu sebeple bu mal, vedia gibi olur... ilah...*" (Bkz. *el-Hidaye ve Fethu'l-Kadir*, 4/404) Böylece ifade etmek istiyor ki, tazminli olan kabz, başkasının mülkü üzerinde mâlikinin izni olmadan vukua gelen kabzdır, gasbedilmiş malın kabzı gibi veya bir akdin karşılıklı, yani ivazlı olarak satılan malı kabz gibi, ifası ile, ya da teminata bağlanması yoluyla ortaya çıkan rehnedilen malın kabzdır. Biz bu ifadede, özellikle ve her bir akit için kabul edilmiş hükümlerde genellikle, tazminli akitler ile emanet akitler arasındaki ayırım için belirttiğimiz bu hüküm ve kıstasın dayanağını buluyoruz. Ancak bizim konumuz tazmin (zaman) üzerinedir, yoksa tazmini kabz hakkında değildir ve bu sebeple izin ve izinsizliği zikretmeğe gerek yoktur.
Yukarıda açıkladığımız gibi, "*teminat*"ın illeti yerine "*ivaz*" illetini koymanın mümkün olduğunu gördük, çünkü teminatı zikretmekten maksat, rehin tazminatı mefhumunun yorumunu ve ondaki hükmü belirtmektir. Bu ise, rehinde, mevcut ivaz manasına ircâ edilebilir.

gul eden ve uzayıp giden bir zamana muhtaç olmayan akitlerdir, âkit tarafların tensip ettiği bir vakitte, bir defada ve derhal ifa ve icrası tamamlanır. Bedeli taksitle olsa dahi satm, sulh, ödünç ve bağışlama gibi. Bu akitler, akdin herbir tarafının, akdin istifadesini sağladığı şeyden istifade etmesiyle sona erer ve bir anda vecibeleri son bulur.

2- **Devamlı akitler:** Bu akitler, mevzuları gereği, ifası zaman içinde uzayan akitlerdir. O kadar ki zaman, bu akitlerin icrasında bir temel unsur olur. Bu sebeple *zamanlı akitler* olarak da adlandırılırlar. Kira, âriyet, şirket-i akd ve vekâlet gibi. Bu ve benzeri akitlerin, kiralanan veya âriyet olarak verilen şeyden istifade ve şirket ve vekâlet işlerinin yapılması ile gerçekleşen ifası, içinde akdin hükmünün devamlı olarak yürüdüğü bir zamana muhtaçdır.

Günümüzde hukukî açıdan bu kabil akidlere benzer misaller bulmak mümkündür. Meselâ periodik gazete ve dergilere abone olmak, lokanta, otel ve hastahanelere günlük erzak ve yiyecek temin etmeyi taahhüt etmek, asıl bünyeleri itibariyle satım akdi kabilinden olsa da, devamlı bir akit olarak kabul edilirler. Bu akitler, modern hukuk terminolojisinde "*tevrid akdi*" olarak adlandırılmaktadır.[227] (Bkz. Prof. Senhurî Akit Teorisi fıkra 147-148).

Ânî ifalı akitler ile devamlı akitler arasındaki ayırımın neticeleri:

Ânî ifalı akitler ile devamlı akitler arasındaki ayırımın, İslâm Hukuku ile Modern (lâik) hukukun üzerinde ittifak ettikleri iki önemli neticesi vardır:

1- Satım gibi fevrî bir akit, feshedilirse, feshi geçmişe uzanır ve bu sebeple âkit tarafların vecibelerinden ifa edilenlerin iadesi gerekir. Devamlı akit ise, akdin sona ermesi (inhilali) bahsinde gördüğümüz gibi (fıkra 263), feshi, uzantısı olmayan, yani geriye tesir etmeyen (yürümeyen) bir netice (muktasar) doğurur.

2- Devamlı ivazlı bir akitdeki karşılıklı vecibeler, iki taraf arasında "*bir şey mukabilinde bir şey*" tarzında karşılıklıdır (mütenâzırdır). Meselâ menfaatin bedel karşılığı olduğu kira akdinde kiracının vecibesi, her istifa-

---

[227] Bu terimin ihtiva ettiği akit, Türkçe ayrı bir terim ile ifade edilmiyor. Ancak, teslimi tazammun eden akitler kategorisine girer. Almancada ise, "*Lieferung*" ve "*Warenversorgung*" tabirleri kullanılmaktadır (Çeviren).

de etmesinde ve istifade ettiği kadarına karşılık verilecek ücret ile tedricen tahakkuk eder. (Bkz. Prof. Senhurî, Akit Teorisi fıkra 147-149).

Hatta kiralayanın kiracıdan ücreti istical edip isteme hakkı olsa dahi, ücretin muaccel olarak verilmesini şart koşsa, kiracının zimmetinde bu ücreti ödeme vecibesi ortaya çıkmaz. Ancak kiralanan şeyin menfaatinden tedricen ortaya çıkan istifade kiracının hesabına dahil olur (onun bedelini ödeyeceği bir şeydir).

Bu sebeple eğer kira müddetinin sona ermesinden önce akit feshedilirse, geriye kalan müddet ücretten düşülür.

Hukukçularımız, kirada aslolanın, kiralayanın ücret talebi hakkının an be an istihkak kesbetmesinin olduğunu belirtiyorlar. Ancak eğer aksine bir şart veya örf yoksa, ev kira bedelinin gün-gün, hayvan kirasının her mesafenin sonunda talep etmesini istemek zorluklara yol açar. (Bkz. el-Hidaye ve Şerhi, 8/16-17, Redd, 5/9).

3- Devamlı ivazlı akitler, İslâm Hukuku nazarında, ifasının içine aldığı müddet içinde yenilenen akitler olarak kabul edilir.

Binaenaleyh kira akdinde, kiracının, elinde bulunan kiralanmış şeyde ortaya çıkan ayıp sebebiyle fesih hakkı olduğu gibi, eski bir ayıp sebebiyle de feshedebilir. Fevrî (derhal) satışda durum aksine olup, müşteri, satılan malı kabzettikten sonra ortaya çıkan ayıp sebebiyle satım akdini feshedemez, ancak onda mevcut eski bir ayıp sebebiyle ve teslimden evvel fesih hakkı vardır. (Bkz. Mecelle, md. 337, 339, 515)

Bu sebeple kira akdinde zamanın seyriyle beraber söz konusu olan yenilenme özelliği neticesi, kiralanan şeyde ortaya çıkan yeni ayıp, gelecek bakımından eski bir ayıp kabul edilir.

306- ***Onikinci Kıstas-Aslî-tebeî***

Bu açıdan akitler iki gruba ayrılırlar:

1- **Aslî akitler:** Vücudunda müstakil ve varlığında ve sona ermesinde bağımlılık bakımından başka bir şeye bağlı olmayan akitlerdir. Satım, kira, vedia, âriyet, ilah...

2- **Tebeî akitler:** Bu akitler, dalın gövdeyle bağlantısı gibi, varlığı ve

sona ermesinde başkasının hakkına bağlı ve ona mürtabit olan her akittir. Rehin ve kefâlet gibi.

Rehin ve kefalet, her ikisi de başkası lehine bir teminattır. Bu sebeple mukabilinde başka birisinin hakkı sabit veya muhtemel değilse ibtidaen inşa edilemezler.

Borç vaadine mukabil rehin akdi yapılabilir. Bir kimsenin diğerine bir miktar para ödünç vermeyi vaad etmesi ve ondan peşinen mukabilinde rehin almasında böyledir.

Kesinleşecek bir borca karşılık kefâlet akdi yapılabilir. Bir kimsenin diğerine "**şu kimseye sat, ben ondan olan alacağına kefilim**" derse durum böyledir (Bkz. Redd 2/252, 298).

Bu iki akit ancak başka birinin hakkı karşılığında yapılabildiği gibi, gövdenin sukutu ile dalların sukut etmesi gibi, bu hakkın zevali ile de son bulurlar.

Aynen bunun gibi, rehin akdinin alacaklının borçluyu ibra etmesi ile bâtıl olduğu söylenir.[228]

---

[228] Âlim Prof. Senhurî'nin "Akit Teorisi" kitabında tebeî akdin şöyle bir tarifi vardır: "*Bu, kendinden önce mevcut aslî bir akde tâbi olan akittir.*"

Açıklamalarımıza göre bu tarif şu düşüncelerle isabetli değildir:

1- Çünkü, rehin ve kefalet, aslında bir akitden değil, bir fiilden doğan borca teminat (garanti) olarak da akdedilebilirler. Telefi tazmin karşılığı (için) kefalet ve rehin gibi.

2- Çünkü, satım bedeli semen, sulh bedeli, kiralanan şeyin bedeli gibi, bir akitden ortaya çıkan borçlara mukabil rehin ve kefâlet, bu hakkı ve bu borcu inşa eden akde tâbi olmayıp, bu akitle ortaya çıkan hakka tâbidirler. Bu sebeple satıcı, müşteriyi satım bedeli semenden ibra etse, satım akdi kefili de semenden ibra etmiş olur ve onun için alınmış rehin de sukut eder.

3- Çünkü tebei akdin, tebeîliği ondan sonra ortaya çıkacak (var olacak) bir hakka da ait olabilir, yoksa kendisinden önce mevcut olan bir hakkın varlığı zorunlu değildir. Meselâ, yukarıda belirttiğimiz gibi, vaadedilen bir borca karşılık rehin ve mekfulaleyh (borçlu) aleyhine ve mekfulleh (alacaklı) lehine ortaya çıkacak ve sabit olacak bir hak için kefâlet mümkündür.

Bu sebeple tebeî akdin isabetli tarifi, bizim yaptığımız gibi, şöyledir: "Tebeî akit, başkasının hakkına tâbi olan akittir."

Beşinci Bölüm

İSLÂM HUKUKU VE MODERN BAZI MÜESSESELER

İSLÂM HUKUKU VE MODERN BAZI MÜESSESELER[229]



A- İSLÂM HUKUKU VE MODERN BAZI MÜESSESELER-1 (KAMU HUKUKU)

1. Giriş

a- Genel Olarak:

Bendeniz, İslâm Hukuku konusunda 30 yıldan beri amatörce çalışmalar yapmaktayım. 20 yıldan beri de profesyonelce çalışmalar yaptım ve gerek tercüme, gerekse telif şeklinde bazı yayınlarım oldu. Bu çalışmalarımda bazı bilgiler topladım ve müşâhedeler edindim. Modern hukuk tahsili yapmış bir kimse olarak bu bilgileri ve müşâhedeleri burada aktarmak istiyorum.

Her şeyden evvel belirtmek isterim ki, modern hukuk tahsili yapan bir kimse olarak İslâm Hukuku ile karşılaştırmalı çalışma yapmak zevkli ve benim için kolay bir araştırmadır. Çünkü bu çalışmalar bir taraftan modern asrın gerekleriyle ilgili müesseseleri bilmeyi, diğer taraftan da günümüzde insanların idrakine uygun bir ifade tarzı kullanmayı gerektiriyor. 45 yıl Akademik kariyer içinde bulunduğum için, bu gerekleri kazandığımı ve halâ bu gaye ile çalıştığımı söylemek isterim.

---

[229] Medeni Kanun md. lerine yapılan göndermelerde ilk önce yürürlükteki yeni, parantez içinde ise eski Medeni Kanun md. leri gösterilmiştir.

İslâm Hukuku, son senelerde gittikçe artan bir tempoda konuşulmaya başlandı. Ayrıca çok sayıda araştırmaya da konu olduğunu görüyoruz. İtiraf edelim ki bu ilgi bizden önce Batı dünyasında başlamıştı. Bilhassa 19. yüzyıldan itibaren Alman, Fransız, İngiliz müsteşrikler tarafından birçok İslâm müessesesi ele alınmış ve bu uğurda Goldziher, Kremer, Schacht gibi çok meşhur Avrupalı İslâm Hukukçuları yetişmiştir. Bu isimler hem Arapçayı çok iyi bilen, hem de İngilizce, Fransızca ve Almancayı çok iyi kullanan kimseler olarak batı dillerinde bir hayli yayın yapmışlardır. Zaten İslâm Ansiklopedisine bakıldığı zaman bu isimlerin eserleri ve bu konulara vukufiyetleri anlaşılır.

Günümüzde ise Dünya'da ve Türkiye'de İslâmiyetin yayıldığı ve fundamentalist (!) cereyanların toplumda kök saldığı bilhassa batı tarafından belirtilmektedir.[230] Esasen bu gibi beyanlar yeni değildir. Fakat gittikçe artan bir tempoyla, daha vazıh bir biçimde ortaya konulmaktadır.

Bir diğer nokta; İslâm Hukuku, üzerinde çok konuşulmaya değer bir hukuk sistemidir. Batılılar bu müessesenin esaslarını iyice öğrendikten sonra hem hayran kalmakta, hem de onu iyi anlatmak için gayret sarfetmektedirler. Bunların bir kısmı hüsnüniyetli olmamakla birlikte, yine de ortaya değerli eserler çıkarmışlardır.

b- İslâm Hukuku ve Modernizm

Giriş kısmında bu hususları belirttikten sonra, konumuzla ilgili olarak şu esasları da belirtebiliriz:

İslâm Hukuku ile ilgili olarak bazı iddialar ortaya atılmıştır ve atılmaktadır:

a) Her şeyden önce " İslâm Hukuku modern değildir, ortaçağın kalıntısıdır" iddiası ortaya atılmaktadır. Bilindiği gibi Peygamber Efendimiz (sallallahu aleyhi ve sellem) ve Kur'ân'ın geldiği asrı, batılılar kendilerine göre isimlendirir ve ortaçağ diye anarlar. İslam Hukukunu da bu sebeple o çağın eseri ve o çağa münhasır bir eser ve hukuk sistemi gibi kabul edilmek istenmektedir.

---

[230] Mesela Bkz. 16. 06. 1996 tarihli Yeni Yüzyıl Gazetesi...

b) İkincisi, asrımıza uygun olmadığı, asrımıza uygulanamayacağı ileri sürülmektedir. Yani zamanımızda tatbikinin kabil olmadığı, modern bazı müesseselere yer vermediği ileri sürülmektedir.

Biz burada bu konularla ilgili olarak hamasi bir değerlendirme yapmak yerine müesseseleri tanıtmak ve kaynaklar vererek bazı mukayeseler yapmak yolunu seçeceğiz.

c) Bilindiği gibi bu konuda daha önce Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından **"İslâm Hukukunda Temel Haklar ve Hürriyetler"** isimli bir eserim yayınlanmıştı. 1982 (2. bası; 2006, 6. bası). Ayrıca 1979 yılında Sönmez Yayınlarından çıkan, Muhammed Faruk Nebhan'dan tercüme ettiğim **"İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları**" adlı bir kitabım vardır. Nihayet 1993 yılında yayınladığım 3 ciltlik, Arapçadan tercüme olan *"Çağdaş Yaklaşımla İslâm Hukuku"* adlı eserlerim bu konuda konuşmak için bana yeteri kadar bilgi ve malzeme veriyordur zannederim.

d) İstanbul Hukuk Fakültesi, o sıralar İstanbul Müftüsü olan değerli âlim Ömer Nasûhi Bilmen'in yazdığı 8 ciltlik "Hukûk-ı İslâmiye Kâmusu"nu bastırmıştır. Daha sonra adı geçen eser, sayın müellifin oğlu tarafından yayınlamıştır. Modern bir müessesenin bu eseri ilk defa yayınlama şerefine nail olması unutulmaz bir yayın faaliyetidir.

Yine İstanbul Hukuk Fakültesi Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay'ın **"Kur'ân'da Hukuk**" adlı kitabını yayınlamıştır. Ankara Hukuk Fakültesi de Hukuk Tarihi cümlesinden olmak üzere **Prof. Dr. Coşkun Üçok'**un kitabını yayınlamıştır. Bendeniz de İstanbul Hukuk Fakültesinde ve diğer hukuk fakülteleri dergilerinde İslâm Hukuku ile ilgili çok sayıda makale yayınladım.

Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **"Osmanlı-İslâm Hukuk Külliyatı**" başlığı altında bir derleme kitap yayınlamıştır. Selçuk Üniversitesi, Hukuk Tarihi dersleriyle ilgili olarak **Prof. Dr. Halil Cin ve Prof. Dr. Ahmet Akgündüz**'ün **"Türk-İslâm Tarihi**" başlıklı İslâm Hukuku ağırlıklı 2 ciltlik kitaplarını yayınlamıştır.

Bütün bunlar zamanımızda gittikçe artan bir tempoyla devam etmektedir. İlahiyat Fakültelerinin yayınlarını, özellikle Marmara Üniversitesi ve Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültelerinin yayınladığı kitapları burada saymıyorum.

Bu girişi yaptıktan sonra ilk olarak İslâm Hukuku ile Modern Hukukun kısa bir karşılaştırmasını yaparak hangi müesseselerin nerede, ne şekilde yer aldıklarını belirtmekte fayda görüyorum. Bu konuda akidler, mülkiyet ve mirasla ilgili birçok konu belirtilebilir. Bu konu üzerinde daha önce bazı incelemeler yapmıştım. Şimdi burada diğer sahalarda karşılaştırma yapacak ve daha çok âmme (kamu) hukuku sahasından misaller vereceğim.

2. Seçim-Demokrasi

Acaba İslâm Hukukunda seçim var mıdır, demokrasi var mıdır, temsili bir demokrasinin müessesesi olan meclis var mıdır?

Belirtelim ki seçim konusu son yüzyılda ortaya atılmış ve işlenmiş bir konudur. Yani Avrupa devletlerinde de seçimli demokrasinin tarihi yenidir. Parlamenter demokrasinin beşiği sayılan İngiltere'de bile bugün anladığımız manadaki seçim ancak yüz yıldan beri yapılmaktadır.[231] Bu sebeple "İslâm Hukukunda seçim var mıydı, parlamento var mıydı?" diye sorarken bu ön mülahazayı da hatırda tutmak gerekir. Bir diğer deyişle seçimli devlet idaresi görüşü, yakın bir asrın görüşü ve uygulamasıdır. Eski asırlarda böyle bir görüş ileri sürülmemiş ve uygulaması da yapılmamıştır.[232]

İslâm Hukuku açısından bakacak olursak:

a) İslâm devletlerinin tarihinde seçimin yapılmamış olması veya müelliflerin bundan bahsetmemiş olması, seçim müessesesinin İslâm Hukuku açısından kabul edilmesine engel değildir ve olmadığını göstermez. İslâm Amme Hukukçuları "Şura"dan bahsetmektedir. Şura, bugünkü manada parlamento demektir ve Şura'dan Kur'ân'da da bahsedilmektedir.

b) İkincisi İslâm Âmme hukukçularının kitaplarında "*Ehlü'l-Hal vel Akd*" tabiri geçiyor. Bu konuda Dr. Nebhan'ın ve Maverdî'nin kitaplarına bakılabilir."Ehlü'l-Hal vel Akd" tıpkı bugün olduğu gibi, bir bakıma seçmen kitlesini, bir bakıma da parlamentoyu ifade eden bir tabirdir. Bu

[231] Bkz. Başgil, Ali Fuat, *Türkiye Siyasî Rejimi ve Anayasa Prensipleri*, ve diğer Anayasa Hukuku kitapları

[232] Bu konuda bkz. Armağan, Servet: *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara, 2006. 6. bası. Diyanet İşleri Başkanlığı Y. s. 142, 214 vd. A

kavramlar nazara alındığı zaman İslâm Hukukunda seçimli bir demokratik hayatın olduğu kabul edilebilir. Zaten müellifler de bunu kitaplarında belirtiyorlar.[233]

Ancak burada akla gelen bir soru şudur: Acaba İslâm Amme Hukukunda seçimler tek dereceli midir, çift dereceli midir? Bu konuda herhangi bir yasak veya emir yoktur. Her iki şekilde de olabilir. Aynı şekilde, çoğunluk mu, nisbi temsil sistemi mi uygulanır? sorusuna da cevap verebiliriz. Her iki sistem de kabul edilebilir, ama müelliflerin genel olarak beyanlarından anlışıldığına göre, çoğunluk sistemi düşünülmüş.

Akla gelen bir başka soru da şudur: Acaba tek meclisli bir parlamento mu, yoksa çift meclisli bir parlamento mu kurulmalıdır? Bu sorunun da cevabı diğerleri gibidir. Bu konuda da bir emir ya da yasak yoktur. Müellifler tek meclisli bir sistemi anlatır gibi görünüyorlar, ama kanaatimce çift meclisli bir parlamentonun kurulmasında da İslâm Hukuku açısından bir mahzur yoktur.

Görülüyor ki İslâm Hukukunda seçim, demokrasi ve meclis kavramları vardır ve bugünkü (modern) mânada uygulanabilir. Bir diğer deyişle, İslâm Hukuku'nun bu konudaki sistemini diktatörlükle eş kabul etmek bir nevi cehalettir.[234]

---

[233] Bu konuda bkz. aynı eserimiz, s. 214 vd.

[234] Bu konuda şu eserlere müracaat edilebilir:

1. Armağan, Servet: *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara, 2006 (6. Bası), Diyanet İşleri Başkanlığı Y. s.

2. el-Beyati, Münir Hamîd, *ed-Devletü'l-Kanuniyyetü ven'n-Nizamu's-Siyasiyü'l-İslâmiyyû*, 1399/1979, Bağdat.

3- Hamidullah, Muhammed, *İslâmde Devlet İdaresi* (Terc.: K. Kuşçu), İstanbul, 1963.

4- İbn-i-i Teymiye, Takiyuddin, *es-Siyaset-Üş-Şer'iyyetü fi İslâh'ir Râi ve'r-Raiyye*, Dar'ul Kütübü'l-Arabiyye, Beyrut, 1386/1966.

5- Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul, 1974, İrfan y.

6- Mâverdi, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed, *el-Ahkâmu's-Sultaniyye*, Mısır, 1960.

7- Mevdudî, Abul Âla, *İslâm'da Hükûmet* (Çeviren: Ali Genceli), Hilal Yayınları, Ankara (?)

8- Mütevelli, Abdülhamit, *Mebadiü Nizami'l-Hukmi fi'l İslâm*, Kahire, 1966, Daru'l-Maarif.

9- Nebhan, Muhammed Faruk, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku'nun Genel Esasları* (Terc.: Prof. Dr. Servet Armağan), İstanbul, 1980, Sönmez y.

10- Zeydan, Abdülkerim, *İslâm Şeriatında Fert ve Devlet* (Terc.: O. Zeki Soyyiğit), İstanbul, 1969.

3. Kişi Haklarını Koruma

Temel hak ve hürriyetleri koruma konusunda ise şunları söylemek isterim:

a- "Modern Hukuktaki temel hak ve hürriyetler İslâm Hukukunda var mıdır?" sorusuna "Evet" cevabını vereceğiz.[235]

Hatırlatmaya gerek yok ki "modern anayasalarda ve bu arada 1982 Anayasasında yer alan temel hak ve hürriyetlerinin aynısı, aynı ibarelerle İslâm Hukukunda vardır" demek ne mümkündür, ne de buna gerek vardır. Bunun en tipik örneği düşünceleri açıklama sahasında görülür. Bugünkü modern hukuka göre, bir kimse ateist düşünceleri yayma hakkına sahiptir. Halbuki İslâm Hukukunda ateist düşünce yani inkar-ı uluhiyyet, küfürdür, dalalettir, zındıklıktır. Böyle bir hareket Kur'ân ve hadislerde reddedildiği ve yasaklandığı için böyle bir düşünceyi öven kimseler fikir açıklama hürriyetinden istifade edemez.[236]

Bunun gibi bazı farklar olmakla birlikte, temel hak ve hürriyetler paketi İslâm Hukuku'nda vardır diyebiliriz.[237] Bu hükmü Kur'ân ve hadislerden çıkardığımız gibi modern İslâm hukukçularının beyanlarından da çıkarmaktayız. Hatta bazen de kıyas yoluyla çıkarmaktayız.

b- Bir başka soru "temel hak ve hürriyetlerin korunması konusu acaba hangi müeesseseler tarafından yerine getirilebilir?" sorusudur.

---

[235] Diyanet İşleri Başkanlığı'nın yayınladığı ve bu konuda Türkçe ilk eser olan adı geçen kitabıma bakmalarını tavsiye ederim.

[236] Bkz. Aynı eserimiz, sh. 137 vd.
Bu konuda seneler evvelki bir hatıramı anlatmak isterim. 1973 yılında idi sanırım. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine Sir Ivor Jenings isminde bir İngiliz anayasa hukukçusu gelmişti. Kraliçenin de hukuk başmüşaviri olan bu hukukçu bize bir konferans verdi. Konferansın konusu "Özel hayatın gizliliği" idi. Özetle dedi ki "Özel hayatın gizliliğini biz yeni yeni kabul ediyoruz. Daha yakın zamana kadar ülkemizde özel hayatın gizliliğinden bahsedilemezdi".
Ben o sırada İslâm Hukukunda özel hayatın gizliliği konusunda bir makale yayınlamıştım. Bu konunun İslâm Hukuku'nda ne kadar güzel bir şekilde düzenlenmiş olduğunu, konferansı veren zata anlatmış ve orada göstermiştim. Ve Sir Jenings'in takdirkâr sözleri üzerine konunun ne kadar önemli olduğunu bir daha görmüş oldum. Modern hukukun ancak 20. asır sonlarında düzenlediği bir konuyu İslâm Hukuku 14 asır evvel düzenlemişti.

[237] Burada Düşünce özgürlügü alanında kaleme alınan bazı eserleri hatırlatmak faydalı olacaktır: Dr. Ahmet Kurucan, *İslam'da Düşünce Özgürlüğü*, Zaman Kitap, 2008, İst.; Ahmet Güneş, *Hoşgörünün Hukuki Temeli,* İst. 2006, Yeni Akademi Yay.; M. Haşim Kemali, *İslam'da İfade Hürriyeti,* İst. 2000, İnsan Y. (Ed.)

Yukarıda belirttiğimiz gibi, seçimler, demokrasi, parlamento kavramları konusundaki düşünceler yeni olduğu gibi, temel hak ve hürriyetlerin korunması konusundaki ayrıntılı düşünceler de yenidir. Modern hukukçular ancak 50 yıldan beri bu konuda ayrıntılara girebilmişlerdir. Ondan önceki diktatörlük ve mutlak monarşi dönemlerinde bu konular yeterince ele alınamamıştır. Mesela İtalya'daki Mussolini diktatoryası, Almanya'daki Hitler diktatoryası, hatta diğer Avrupa ülkelerindeki askeri rejimler zamanında bu konudaki çalışmaların ortaya çıktığı görülmemektedir.

c- Temel hakların korunması konusu, modern hukukun çok zor olan, üzerinde az eser verilmiş ve dikkatle öğrenilmesi, ve bilinmesi gereken bir konusudur. Memleketimizde de bu konuda hem eser azdır, hem de yayınlanan eserlerde bu konuda yeteri kadar tatmin edici bilgi yoktur.

Temel hakların korunması yolları tafsilata girmeden üç ana başlık altında yapılabilir:

Temel hakların korunması;

1- İdari müracaat yoluyla istenebilir,

2- Kazai müracaat yani yargı yoluyla istenebilir,

3- Siyasi müracaat dediğimiz yolla yapılabilir.

İdari müracaat dediğimiz, vatandaşların dilekçe hakkını kullanarak, idari mercilere dilek ve şikayetlerini bildirmeleridir. Bir diğer deyişle İslâm Hukukuna göre vatandaş, kendi hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği kanısına vardığı zaman idari mercilere (belediye, vilayet, üniversite vs.) başvurabilir. Dilekçe hakkı İslâm Hukukunda tanınmıştır.[238]

Vatandaşların hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiğini anladıkları zaman mahkemelere başvurmalarına kazaî müracaat denir.. Hak arama hürriyeti veya dava hakkı dediğimiz bu hak İslâm Hukukunda tanınmıştır.[239]

Siyasi müracaatlar ise vatandaşların parlamentoya müracaatlarıdır ve dilekçe hakkının bir devamı mahiyetindedir. Fakat bu konuda idari müracaat değil, siyasi müracaat tabiri kullanılmaktadır. Bu isim, hocamız Prof. Dr. Lütfi DURAN tarafından verilmiştir. Vatandaşların siyasi müra-

[238] Bu konuda şu eserimize bkz. *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, 6.b., sh 83, 141.
[239] Bkz. *a.g.e.*, s. 148 ve 149.

caat yoluyla parlamentoya başvurmalarına İslâm Hukukunda bir engel yoktur.[240]

4. Mahkemeler

Acaba İslâm Hukukunda, modern hukukta olduğu gibi bir yargı düzeni var mıdır? Varsa bu konuda neler söylenebilir?

a- Şunu belirtelim ki mahkemelerin tek veya iki dereceli olması insan aklının ve hukukçuların bulduğu bir yoldur. İslâm Hukukunda bu yola müracaat ve bu yolun kabul edildiğine dair elimizde deliller vardır[241]. Bir diğer deyişle alt derece mahkeme ve üst derece mahkeme tabirleri İslâm Hukukunda da kabul edilmiştir. Ancak İstinaf Mahkemeleri dediğimiz mahkemelerin olup olmadığı tartışılabilir. Buna rağmen, kanaatimce, temyiz mahkemesi ile alt derecedeki mahkeme arasında bir mahkeme kurulmasına mani yoktur.

b- Diğer taraftan yargı düzeninin çeşitli ihtisas dallarına ayrılması da İslâm Hukukuna yabancı bir kavram değildir. Genellikle modern hukukta adli yargı ve idari yargı ayırımı yapılmaktadır. Fakat günümüzde bu iki yargı dışında geliştirilmiş yargı mercileri de vardır. Bunlardan biri "askeri yargı"dır. Hatta bu yargı da kendi arasında ikiye ayrılmaktadır. Ceza davalarına bakan "askeri yargıtay", idari davalara bakan "askeri yüksek idare mahkemesi" gibi.

Aynı şekilde, alt derece mahkemelerinin tapu-kadastro mahkemesi, iş mahkemesi, çocuk mahkemesi gibi ayrımlara tâbi tutulduğu bilinmektedir. Bu ayrımlar 20. yy.'ın hatta son senelerin ayırımlarıdır. Evvela Avrupa'da başlamış, daha sonra memleketimizde gelişmiş olan bu ayırımlar konusunda İslâm kaynaklarından ayrıntılı açıklama beklemek yanlış olur.

c- Bir diğer konu da şudur: Yüksek mahkemeler zaman zaman ülkeden ülkeye çeşitli uygulama alanları gösterir. Mesela günümüzde Türkiye'de olsun, Fransa'da olsun bir uyuşmazlık mahkemesi var. Bu uyuşmazlık mahkemesi hukukçuların bulduğu ve aklın gereği olan bir mahkeme çeşididir. Modern hukukta önemli bir yeri olan ve üzerinde itti-

---

[240] Bkz. *a.g.e.*, s. 208 vd.
[241] Bkz. *a.g.e.*, s. 73 vd.

fak edilmiş bulunan uyuşmazlık mahkemesi kavramının İslâm Hukukuna aykırı bir tarafı yoktur. Uyuşmazlık mahkemesi, yargı organları arasındaki yetki ve hüküm uyuşmazlıklarını çözümleyen bir mahkemedir.

Aynı şekilde Yüksek Seçim Kurulu da zamanımızda bir mahkeme olarak faaliyet gösteriyor. Bunun da, kabülünde İslâm Hukukunda bir engel yoktur. Şarttır demiyoruz ama kabulüne bir engel yoktur. İslâm Hukukunda bir seçim demokrasisi olduğuna göre, seçimleri yargı organlarının kontrol ve denetiminde yapılmasına bir engel olmadığı gibi, seçim mahkemesi diye bir yüksek seçim kurulu kurulmasına da bir engel yoktur.

d- Bunun dışında üzerinde durulması gereken bir nokta da Anayasa Mahkemesi konusudur. Anayasa Mahkemesi de çok yeni bir kuruluştur. Görevi, bazı yasama faaliyetlerini bir mahkeme kanalıyla denetlemekten ibaret önemli bir müessesedir. Kanunların ve içtüzük hükümlerinin ve kanun hükmünde kararnamelerin anayasaya aykırılığını murakabe eden bir mahkemedir. Anayasa Mahkemesi her devlette yoktur. Bir devlette anayasa mahkemesinin olmaması, o devletin hukuk devleti olmasına ve demokratik bir devlet olmasına engel değildir.

Kanaatimce bu müessesenin İslâm Hukuku'nda bulunmasının şart olduğunu söylemek mümkün değildir. Anayasa Mahkemesinin yaptığı fonksiyonu bir yüksek denetleme kurulu veya şer'i mahkeme olarak düşündüğümüz takdirde böyle bir şeye "evet" demek mümkündür. Ama İslâm Hukukunda yasama organı, yargı organı ve diğer organların faaliyetlerinin esasen İslâm Hukuku'na uyması gerektiği için "ayrıca bir Anayasa Mahkemesi kontrolüne gerek yoktur" da denilebilir. Mamafih aksi görüş de belirtilebilir. Dünyadaki İslâm devletleri anayasalarından bu konuda örnek vermek pek mümkün değil. Libya ve Fas gibi devletlerin anayasalarında Anayasa Mahkemesi ile ilgili bir hüküm görülmüyor. İran Anayasasında yasama faaliyetlerinin İslâm Hukukuna uygunluğunu denetleyen bir yüksek denetleme organı bulunduğu bilinmektedir.

5. Mezalim Mahkemeleri

Bu konuya yukarıda temas etmiştik. Burada bir başka açıdan yine ele alacağız.

İslâm Hukuku'nun yargı ile ilgili olarak belirttiğimiz hükümlerine yakın benzerliği olan bir misal olarak Mezalim Mahkemelerini verebiliriz. Mezalim Mahkemelerinin fonksiyonuna İslâm Hukukunda Velayet-i Mezalim ismi verilmektedir. Bu mahkeme kısaca, normal yargı organlarının bakamadığı davalara bakar ya da normal yargı organlarının korkma, ürkme, endişe etme sebebiyle bakamayacağı, belalı insanların, şehir ve dağ eşkiyalarının ve teröristlerin davalarına bakmakla yetkili bir mahkemedir.[242] Gerek **Faruk Nebhan'ın** kitabında, gerekse Maverdî'nin kitaplarında bu konuda uzun uzun bilgiler vardır.[243]

Acaba Mezalim Mahkemeleri günümüzde kabul edilebilir mi veya Mezalim Mahkemeleri günümüzde hangi müesseselerle mukayese edilebilir? dediğimiz zaman bu konuda şunlar söylenebilir:

Mezalim Mahkemelerinin geniş yetkili bir mahkeme olduğuna şüphe yoktur. Günümüzde Anayasa hükmü gereği istisnai mahkemeler kurulamıyor. Anayasanın 37. maddesine göre, "hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz, bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz."

Burada belirtilen önceden düzenlenmemiş olmakla birlikte kişinin fiili işledikten sonra başka bir yargı mercii önüne gönderilmesini sağlayan, hak ve hürriyetlerine aykırı olan bir muhakeme cinsidir. Ama Mezalim Mahkemeleri böyle değildir. Mezalim Mahkemeleri kavramı, esasen mevcut ve görev sahası belli olan mahkemeleri ihtiva etmektedir.

Mezalim Mahkemelerini Divan-ı Harplere benzetmemiz de biraz zor. Divan- Harpler darbelerden sonra ortaya çıkan ve insanları bir nevi olağanüstü kanun ve hükümlerle yargılamayı düzenleyen bir yargı faaliyeti cinsi olarak düşünülebilir. Mezalim Mahkemeleri bu tür bir mahkeme de değildir. Sadece konunun kendisi zor olduğu için bu konuda özel ihtisası olan hâkimlere havale edilmesi yoluna gidilmektedir.

---

[242] Bu konuda şu tercümemize bkz. "*İslâm Hukukunda Olağanüstü Yetkili Bir Mahkeme: 'Velayetü'l-Mezâlim' (Mâverdi'den)*, *Hıfzı Timur'a Armağan*, İstanbul Hukuk Fakültesi y., İstanbul, 1979.

[243] Bkz. Mâverdi, *el-Ahkâmu's-Sultaniye* adlı. Nebhan, Muhammed Faruk, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku'nun Genel Esasları Terc.*: Prof. Dr. Servet Armağan), İstanbul, 1980, Sönmez y.

"Kanuni yargı yoluna tâbi olmak", ismi yeni konmuş olmakla beraber İslâm hukukçuları tarafından çok önceden temas edilmiş bir konudur. İnsan aklının bulduğu bu mantıkî netice elbette asırlar önce de söz konusu edilmiştir.[244]

Mezalim Mahkemelerini Devlet Güvenlik Mahkemelerine veya terör suçlarına bakan ağır ceza mahkemelerine benzetmek belki bir derece mümkündür. Devlet Güvenlik Mahkemeleri, bilindiği gibi, devlet ve kamu düzeninin bozulmasıyla ilgili davalara bakan bir mahkemedir.

6. Hisbe Teşkilâtı

Bu konuyu yukarıda temas etmiştik. Burada bir başka açıdan yine ele alacağız.

Hisbe Teşkilatı kısmen yargı ile, kısmen de kamu hizmetleri ile ilgili bir müessesedir. Mevzuun yakınlığı sebebiyle buraya almayı uygun gördük. Hisbe mevzuunda İslâm Hukukunda çok az müellif çalışma yapmıştır. **Maverdî, İbn-i Uhuvve ve İbn-i Teymiyye** bu konuda özel çalışma yapan az sayıdaki müelliften bazılarıdır.

Hisbe, kamu hizmetlerinin denetlenmesi ve yeni kamu hizmetlerinin ihdası manasına gelir. Çarşı-pazarların, eğlence yerlerinin, cami, okul, medrese gibi yerlerin kontrolü gibi görevleri vardır. Bu kontroller sırasında İslâm Dinine ve belediye kanununa aykırı durumlar görülmesi halinde anında kararların verildiği ve uygulandığı bir müessesedir. Mesela gramajı eksik ekmek üretilmesinin önlenmesi gibi, pis kokulu etin imha edilmesi gibi, hijyen kaidelerine uygun olmayan hamamların kapatılması gibi konular İslâm Hukukçuları tarafından tafsilatıyla ele alınmış, hatta bu konuda özel kitaplar yazılmıştır.[245]

Kanaatimce Hisbe Teşkilatının bir kısmı yargı ile de ilgilidir. Çünkü ihtisap yetkisine sahip Muhtesip, mesela gramajı eksik ekmeği anında müsadere etmekte, kendisine karşı geleni de yanındaki yardımcılarına dövdürebilmektedir. Günümüzde zabıta kuvvetine, hatta icra memuruna benzer bir fonksiyonu vardır.

---

[244] Bkz. Adı geçen kitabımız, sh. 149.
[245] Bkz. İbnu'l-Uhuvve, sh. 180; Mâverdi, sh. 243 vd.

Hisbe Teşkilatı İslâm Hukuku'nun çok modern ve bugünkü kamu hizmetlerinin murakabesiyle ilgili bir müessesesini andırmaktadır.

7. İslâm Hukuku'nda Hakların Suistimali

Bilindiği gibi hakların suistimali eski bir kavramdır. Modern hukuk hakların suistimalini kabul etmediği gibi İslâm Hukuku'nun da kabul etmesi düşünülemez. Hakların gayesi dışında kullanılması ve başkalarına zarar vermesi hiçbir zaman kabul edilemez.[246]

Türk Medeni Kanununun 1. maddesinde ve Anayasanın çeşitli maddelerinde (meselâ, 14, 15, 24/5 vb.), hatta Mecelle'de hakların kötüye kullanılmasıyla ilgili hükümler bulunmaktadır. Bu hükümler modern hukukla İslâm Hukuku'nun benzerliğini ortaya koyması bakımından oldukça enteresandır. Bu konuda fazla bir şey söylemiyor, ancak ilgili maddeleri yukarıda zikrederek sözlerimize son veriyoruz.

8. Netice

Netice olarak şunları belirtebiliriz:

1- İslâm Hukuku ile modern hukukun bazı müesseseleri arasında büyük benzerlikler vardır veya en azından derin aykırılıklar yoktur. Bir diğer deyişle, modern sistemlerin ortaya koyduğu çift dereceli seçim gibi, idari, siyasi ve kazai müracaatlar gibi müesseselerin İslâm Hukukunda kabulüne engel bir durum yoktur. Zaten bu konuda yazılan kitaplar, kaynak gösterdiğimiz eserlerlerimiz de dahil olmak üzere, bunu ortaya koymaktadır.

2- Ancak bu tür modern müesseselerin günümüzde bir İslâm Devletinde uygulanabilmesi yaygın bir alt yapı hazırlığına ihtiyaç göstermektedir. Bir diğer deyişle, İslâm Hukuku hissi ve duygusal bir hukuk sistemi değil, akla hitap eden, sosyal birtakım verilere dayanması gereken, devlet başkanlarının ve idarecilerin kültürlü olmasını gerektiren bir sistemdir. Kültür olmayan, İslâm Dinini iyi bilmeyen topluluklar İslâm Hukuku'nu iyi uygulayamazlar.[247]

---

[246] Bu konuda aynı eserimize bkz. s. 60 vd.

[247] Burada bir hatıramı nakletmek isterim: Yanılmıyorsam 1986 yılında Sudan'ın askeri diktatörü ve devlet başkanı Numeyri içkiyi yasakladı ve bütün ülkedeki içki şişeleri kırılarak imha edil-

3- İslâm Hukuku zannedildiği gibi kanlı, gözyaşlı bir manzara arz etmez. Bir diğer deyişle, cellatların elinde kılıçlarla, baltalarla sokaklarda dolaştığı, her suç işleyenin anında kellesinin uçurulduğu, her açık gezen kadının hapishaneye tıkıldığı vb. bir sistem değildir. İslâm Hukuku'nu bu şekilde göstermek, ya İslâm Hukuku'nu bilmemektir ya da insanlara bu hukuk sistemini kötü göstermek için özellikle böyle davranılmaktadır. İslâm Hukuku müstakil bir hukuk sistemidir ve insanlara saadet getirmek için düşünülmüştür.

Bir taraftan Kur'ân'da Cenab-ı Hakk'ın, diğer taraftan hadislerinde de Peygamberimizin dileği insanların iki cihandaki saadetleridir.

B- İSLÂM HUKUKU VE MODERN BAZI MÜESSESELER-2[248] (ÖZEL HUKUK)

1. Giriş

a) Daha önce bu başlık altında bir incelememizi yayınlamıştık.[249] Bu makalemizde, İslâm Hukuku'nun, kamu hukuku, özellikle Anayasa ve İdare Hukuku sahasında mevcut bazı prensip ve müesseseler ile, laik (veya

meye başlandı. Bundan sonra hiç kimsenin içki imal edemeyeceği ve içemeyeceği ilan edildi. Ben o sırada yurt dışında bulunuyordum ve Sudanlı meslektaşlarıma bu kanunun uygulanamayacağını söyledim. Sebebini sorduklarında Sudan'ın sosyal yapısının böyle bir yasağı uygulamaya müsait olmadığın söyledim. Gerçekten de uygulanamadı. Aslında İslâm Dini içkiyi yasaklamış; ama bu yasağın gerçekleşebilmesi için çeşitli sistem ve müesseselerin kurulmuş olması lazım. Halkın şuurlu olması lazım, yasaklayan yetkililerin bunu samimiyetle uygulaması lazım. Adli mercilerin muntazam çalışması lazım. Hatta içkiyi yasakladıktan sonra, insanlara eğlendirici başka müesseselerin de sunulması lazım.

Bir diğer misal Pakistan'da görülmüştür. Başkan (General) Ziyaü'l-Hak döneminde faizin yasak olduğu belirtilmiş ve tamamen ortadan kaldırılması için çalışmalara başlanmıştır. Bu konuda Merkez Bankası yöneticileri, ilim adamları, İslâm Hukukçuları uzun uzun toplantılar yapmış, ve bir de kitap yayınlamışlardır. Fakat faizi birdenbire kaldıramamışlardır. Çünkü kaldırıldıktan sonra yerine konacak mâli sistem ve müesseseler kurulamamıştır. Gerekli altyapı hazırlanamadığı için, Kur'ân'da ve hadislerde yasaklanan faiz maalesef kaldırılamamıştır.

[248] Medeni Kanun md. lerine yapılan göndermelerde ilk önce yürürlükteki yeni, parantez içinde ise eski Medeni Kanun md. leri gösterilmiştir.

[249] Bkz. *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Prof. Dr. Ali BOZER'e armağan, Ankara, 1998, sh. 619-638.

modern) hukukta ve tatbikatında rastladığımız bazı müesseselerin karşılaştırılmasını yapmıştık. Tabii, ne İslâm Hukuku bu müesseselerden ibarettir ve ne de modern hukuk. Bu makalenin, diğer sahalarda da bazı karşılaştırmalar yaparak genişletilmesi gerekiyordu. İşte aşağıdaki satırlarda biz de, bazı karşılaştırmalar yapmaya çalıştık:

Bu bölümde, Özel Hukuk, özellikle, Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku sahasında benzer bir karşılaştırma yapacağız.

b) Yeri gelmişken, tekrar belirtelim ki, bu mukayeseleri yapmaktan maksadımız, hukuk sistemlerini medh veya zemmetmek değil, belki, tanıtmaktır, neyin ne olduğunu, nasıl düzenlendiğini, prensip ve müesseselerden beklenen hedefleri göstermektir.

c) Sistem ve müesseseler, mahiyetleri iyice bilinmedikçe, lehinde ve aleyhinde düşünce ileri sürmek ilim adamına yakışmaz. Özellikle İslâm Hukuku ile ilgili meseleler ortaya atıldığı zaman, bu konuda biraz daha hassas davranmak icap eder. Kaynağını Allah kelamı **"Kur'ân"**dan ve son Peygamberin söz ve fiillerinden (**Sünnet-Hadis**) alan İslâm Hukuku hakkında yapılan açıklamalarda, çok defa, yakışıksız, ithamkâr ve hatta hakaret (geri kalmış, orta çağ kalıntısı vb.) ihtiva eden ibarelerin kullanıldığı müşâhede edilmektedir.

Bu gibi hakaretamiz beyanlara, ilim adamlarının incelenmelerinde yer olmadığı gibi, hamasi bir eda ile, bilir bilmez, isabetli isabetsiz, İslâm Hukuku'nu medhetmek de doğru değildir. Bu şekilde hareket edenler çoğu defa İslâm Hukuku'nu da iyi bilmeyen kimselerdir.

d) Her iki grubtaki yanlış davranışlara yol açmamak için, ilim adamlarımızın güvenilir kaynaklardan bilgi toplamaları ve görüşlerini bunlarla desteklemeleri beklenir. Meselâ İslâm Hukuku'nun iyi taraflarını ileri sürenler, çok defa, âyet ve hadiste yer almayan, bir müçtehidin görüşünü, âdeta, âyet ve hadis değerinde göstererek sonuna kadar isabet derecesini müdafaaya teşebbüs etmektedirler. Ancak bu uğurda kaynak göstermemekte, gösterdikleri kaynaklar ise, tali derecede ve hiç de tatminkâr olmayan kaynaklardır.

İslâm Hukuku'nu veya bir prensip veya müessesesini değersiz göstermek isteyenler ise, hemen hemen her defasında, İslâm Hukuku ile hiç,

ya da yakın ilgisi olmayan bir kaynak (!) (meselâ bir gazete köşe yazısı veya parti idarecisinin açıklaması gibi) göstermektedirler. Ya da Kur'ân-ı Kerîm'in, Türkçe meallerini gösterip, kendi sathi anlayışlarına göre ona mana vermeye ve âyeti tefsir etmeye teşebbüs etmektedirler.

e) Bizim yaptığımız ise, neyin ne olduğunu ortaya koymak ve teferruatı öğrenmek isteyenlere ve araştırma yapmak ihtiyacında olanlara sağlam, güvenilir kaynaklar sunmaktır.

Üstelik **Zerk**â ve **Senhur**î gibi, hem batı (modern), hem de İslâm Hukuku'nu çok iyi bilen ve kaynak göstererek ikisi arasında mukayese yapabilen müelliflerin eserlerinden delil getirerek, açıklamalarımızı yapacağız.

2. Mülkiyet ve Sınırları

a) Genel Olarak

Mülkiyet kavramı, herkesi meşgul etmiş bir mevzudur. Bu mevzu üzerinde ilim şubelerinin hepsi meşgul olmuştur ve olmaya da devam edecektir. Kur'ân-ı Kerîm'den şu âyetleri bir misal olarak vermek isteriz:

"*Malı pek çok seviyorsunuz.*" (Fecr, 20)

"*Kadınlara, oğullara, yığın yığın biriktirilmiş altın ve gümüşe, salma güzel atlara, (deve, sığır, koyun, keçi gibi) hayvanlara, ekinlere karşı aşırı sevgi beslemek insanlara güzel gösterilmiştir.*" (Al-i İmran, 14)

Hukukçular diğer meslek mensuplarından biraz daha çok ve geniş olarak mülkiyet üzerinde düşünmüşler ve düzenleme getirme ihtiyacını hissetmişlerdir. Çünkü mülkiyet, insanın çok sevdiği, bağlandığı, uğrunda hayatını harcadığı bir büyük hedeftir. Bu büyük hedefin âdil ve dengeli düzenlenmesi gerekir. Hukukçular tarafından mülkiyet hakkının düzenlenmesi esas itibariyle Medeni Kanunlarda, ayrıca diğer kanunlarda (Orman, İmar, Kamulaştırma vb.) yer almaktadır.

Bir zamanlar, mülkiyet hakkı, sadece hür kimselere tanınmış, köleler bu haktan mahrum bırakılmıştır. Hatta mahrum bırakılmakla yetinilmemiş, köleler, kendileri bizzat birer mal olarak kabul edilmiştir. Bu durum asırlarca devam etmiştir.[250] Daha sonra zamanla tam zıt bir doktrin hâkim

[250] Bkz. *İslâm Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler*, 6. Bası, Ankara, 2007, Diyanet İşleri B.

olmuş, mülkiyet hakkının herkese tanınmış **"mutlak"** bir hak olduğu kabul edilmiştir. Bu görüş de uzunca bir zaman hâkim olmuştur.[251]

20. asrın ortalarından itibaren ise, mülkiyet hakkının mutlak olmadığı, bazı sınırlarının bulunduğu, hatta mülkiyet hakkının kendi içinde, bir vecibeyi de ihtiva ettiği kabul edilmiş, bu görüş anayasalara da girmiştir. Mesela modern anayasalardan Bonn A. md. 14/2 şu hükmü ihtiva etmektedir:

"*Mülkiyet vecibe yükler. Kullanılması toplum menfaatine hizmet etmelidir.*"

Yapılmasında bu anayasadan çok istifade etmiş olan 1961 A. md. 36 ile 1982 A. md. 35 benzer hükümleri ihtiva etmektedirler:

Md. 36/2-3:

"*Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.*"

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

Md. 35 ise bu hükmü, aynı ifadelerle tekrarlamıştır.

Anayasa Mahkemeleri de asrımızın bu hâkim görüşlerini kararlarında dile getirmişlerdir.[252]

---

y., sh. 59 vd. Serdengeçti, Hüseyin Edip, *Mülkiyet Nescinin Vech-i Tekamülü*, 1339/1921, İst. Matbaa-i Askeriye. Hatemi H. /Serozan R. /Arpacı A., *Eşya Hukuku*, İst. 1991, sh. 65 vd.; Oğuzman K. /Seliçi Ö., *Eşya Hukuku*, İst. 1992, sh. 270 vd. Andreas Schwarz, *Roma Hukuku* (Terc: Türkan Rado), İst. 1965, 7. bası, sh. 211, 213. İlk mülkiyet mevzuları (objeleri), kadınlar, köleler ve hayvanlardı (Bkz. Felicien Challaye, Philosophie Scientifique et Philosophie Moral, Paris, Librarie Classique Fernand Nathan, sh. 563 vd. Eski toplumlarda aile reisinin, esirler, kadınlar ve çocuklar üzerinde hayat ve öldürme hakkı da vardı; sh. 517).

[251] Bkz. Adnan Güriz, *Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu*, Ankara, 1969, AÜHF, y. Serdengeçti, 129 vd.

[252] Meselâ şu karara bkz: "Mülkiyet Hakkı eski anlamda ferdin dilediği şekilde kullanabileceği bir hak ve sınırsız bir hürriyet olmak niteliğini çoktan yitirmiş, mülkiyet anlayışı, bu hakkı, bir bakıma, sosyal yapıda bir hak olduğu yolunda gelişmiş, birçok haklar gibi bu hakkın kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği ilkesi kabul edilmiştir. Mülkiyet hakkının anayasamızın "Temel Haklar ve Ödevler" kısmının "Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler" bölümünde yer alması ve 36 ncı maddesinin ikinci ve ondan sonraki fıkrasıyla ve 37. inci maddesinin ikinci ve ondan sonraki fıkrasında bu hakkın sınırlanabileceğini gösteren hükümler konulması bu anlayışın ifadesidir." (Anayasa Mahkemesi'nin kararı, 3/23 E/K. RG. 11. 07. 1996).
Bu konuda ayrıca bkz. Esin Örücü, *Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, İstanbul, 1976 ve 200

Bütün bu düşünceleri İslâm Hukuku açısından da kabule bir engel yoktur.[253]

b) Mülkiyet Hakkının Sınırları

Aynı veya benzer düşünceleri mülkiyet hakkının sınırları hakkında da söyleyebiliriz:

Madem ki, mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına uygun olmalıdır. O halde mülkiyet hakkının sınırlı olduğu kabul ediliyor demektir. Mülkiyet hakkının sınırını iki açıdan ortaya koyabiliriz:

aa- **Özel hukuk açısından**: Burada daha çok medeni hukuk ve benzeri kanunlardaki sınırlamalar söz konusu olacaktır. Mesela bkz. TMK. md. 683, 718, 730, 731, 733 (618, 644, 656, 657) ("*Taşınmaz Mülkiyetinin takyitleri*") vd.

bb- **Kamu Hukuku açısından**: Burada en tipik misal, kamulaştırma ve devletleştirmedir. 1982 A. md. 43-44 ve 46 ve 47. md. lere bkz. Bu sahada en çok kullanılan ve mülkiyet hakkına açık sınır getiren müessese **kamulaştırma'**dır.

Bu konuda İslâm Hukuku'nda, modern hukuka paralel bir düzenleme görülmektedir. Daha doğrusu, bugün modern hukukta mülkiyet hakkına getirilen sınırların ve bu gaye ile yapılan düzenlemelerin temelindeki fikirler ve hatta az sayıda da olsa, bunların uygulamaları, İslâm Hukuku'nda da vardır ve bundan 12 asır evvel görülmüştür. Meselâ kamulaştırma tatbikatı buna tipik bir misaldir.[254]

c) Mülk Kavramı

Bilindiği gibi, mülkiyet ve mal kavramları farklıdır. Günlük dilde bazen birbirinin yerine kullanılsalar da, farklıdırlar. Mülk kavramının çeşitli açılardan tarifi yapılmıştır. İslâm Hukuku açısından, **Prof. Dr. Ahmed ez-ZERKA**'nın naklettiği tarif, modern hukuk tahsili yapmış kimselerin daha kolay anlayacağı bir tariftir.

---

nolu dip nottaki Türkçe son iki kaynak.

[253] Bu konuda İslâm.., adlı kitabımıza bkz. sh. 178 vd.

[254] Bu konuda bkz. *Aynı yer.*, 182.

ZERKA'nın naklettiği İslâm Hukuku ıstılahında mülk kavramının tarifi şöyledir:

"*Mülk, bir engel olmadıkça, sahibine hukuken tasarruf imkânı veren münhasır bir yetkidir.*"[255]

Mülkün mevzuu, genellikle mezheplerin kabul ettiğine göre, ayn ve menfaattir. İslâm Hukukuna göre, mülkiyeti elde etme yolları dörttür:

1- Mübahatın ihrazı, (yani kimsenin mülkiyetinde olmayan şeyi elde etmek),

2- Akitler,

3- Halefiyet ve

4- Mülk olan şeyden doğma.[256]

Bu dört sebepten, sadece dördüncü sebep modern hukuklarda kabul edilmemiştir. 4. sebep, köle, (veya câriye) olan kimselerin kendilerinin mal olduğu, onun doğurduklarının da, mülk mevzuu olduğu esasına dayalı ve mülkiyetinin de sahibine ait olduğunu ifade etmektedir.

İslâm Hukukçuları köleliğin mevcut ve yaygın olduğu asırlarda, mevcut gerçeği nazara alarak bu taksimatı yapmışlardır. Yoksa bu, köleliğin devamını düzenleme demek değildir. Zaten mevcut diğer İçtihadlar nazara alınırsa, köleliğin devamına yol açan yollar azalıyor demektir.[257]

d) Mal Kavramı

İslâm Hukukçuları mal'ı şöyle tarif etmişlerdir:

"*Mal, insanın tabiatının (fıtratının) meylettiği ve ihtiyaç zamanına kadar depolanması mümkün olan şeydir.*"[258]

---

[255] Ayrıca bkz. Mecelle, md. 125 ve Mustafa Ahmed ez-Zerka, *Çağdaş Yaklaşımla İslâm Hukuku* (Çev. Servet Armağan), 1/216, İstanbul, 1993, Timaş y. sh. 188; 2. baskı, İstanbul, 2006, Gündönümü y.

[256] *Aynı yer*., 189-190.

[257] Bkz. Armağan, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, adlı eserimiz, sh. 59 vd. "Roma Hukuku'nda herkes müsavi değildir." (Schwarz, *Aynı yer*, 207) "Eski devirlerde kölelik bütün milletlerin hukuklarında müşterek hadise idi." (sh. 211)."Köle bir hak sahibi olmayıp, bilakis bir hakkın mevzunuu teşkil ederdi. O yalnız bir şey, bir res'di... Köle... mülkiyetin mevzuunu, irtifak, ipotek ve alacak haklarının mevzuunu teşkil edebilirdi, satılır, kiralanır, âriyet olarak verilebilirdi. Köle tarafından iktisap edileni efendisi iktisap etmiştir" (sh. 213).

[258] Bkz. Zerka, 3/851. Zerka, Hanefî mezhebi açısından bu tarifi yeterli bulmamakta ve kendisi şöyle bir tarifi vermektedir: "Mal, insanlar arasında maddi kıymet sahibi her ayn'dır" (sh. 855)

Aynı tarif Mecelle md. 126'da yer almıştır. Bu ve buna benzer tarifler, modern hukukçular tarafından da yapılmaktadır: yani iki hukuk sisteminin tarifleri arasında, bu konuda büyük bir fark yoktur.

Mal'ın çeşitleri sahasında da büyük bir farka rastlamıyoruz:

İslâm Hukuku'nda mal'ın 10 çeşidi sayılmaktadır. Bunlardan biri hariç, diğerleri modern hukuk nazarında da kabul edilmiştir:

1- Misli-gayrı-misli mal.

2- Tüketim malı-kullanma malı.

3- Menkul-gayrimenkul mal.

4- Ayn ve alacak.

5- Ayn ve menfaat.

6- Memlük, mübah ve mahcur mal.

7- Taksimi kabil olan ve olmayan mal.

8- Asıllar ve meyveler.

9- Özel mal ve kamu malları.

10- Mütekavvim ve mütekavvim olmayan mal.

Bunlar modern hukukta, bazen medeni kanunlar ve bazen da idare kanunları vb. kanunlarda, düzenlenmiş bulunuyor.

Ancak İslâm Hukuku nazarında 10. mal çeşidi olarak **mütekavvim olan** ve **olmayan mal** kavramı da yer almaktadır. Bu ayırımda yer alan bazı şeyler mal kabul edilmediği halde, lâik hukuklarda mal kabul edilmektedir: Mesela, içki, domuz, yenilen hayvanlardan olup da, başına vurularak veya boğularak, dinî usul ile kesilmeyen hayvanların etleri gibi. Ayrıca leş ve kan da bu hükme tâbidir. Bir Müslümanın bu eşyalar üzerinde mülkiyet sahibi olmasına bir engel yoktur, fakat bunlar üzerinde akit yapılmasına engel vardır, çünkü mal sayılmazlar.[259]

Ancak belirtelim ki, bazı İslâm hukukçuları şöyle diyorlar: Lâik hukuklarda böyle bir ayırım, isim olarak yok, ama hukuk nazarında mev-

---

[259] *Aynı yer*, 858-9. Müellif Osmanlı Devleti zamanındaki Hukuk Usulü Muhakemeleri K. md. 64 deki her türlü ayın ve hakkı, üzerinde akit yapılması mümkün olan birer mal kabul etmesini tenkit ediyor. *Aynı yer*., sh. 861-2.

cuttur: Mesela ceza kanunları bazı malların (uyuşturucu, askeri malzeme-cephane v. b.) şahısların mülkü olmasını yasaklamışsa, ki yasaklıyor, o şey hukuk nazarında artık mal değildir.[260]

3. Malın Nevilere Ayrılması ve Hukukî Neticeleri

Aşağıda, akitlerin farklı kıstaslara göre sınıflandırılmalarını ele alacağız. Bu konuyu çeşitli örneklerle mükemmel şekilde ortaya koyan âlim Prof. Dr. Mustafa Ahmet ez-Zerka'nın tarafımızdan tercüme edilen İslâm Hukuku adlı kitabından[261] bir bölümü (c. 2/968-991 ve 1044-1062) buraya alıyoruz:

Birinci Altbölüm

MÜTEKAVVİM OLAN VE OLMAYAN MAL

İslâm Hukuku açısından mütekavvim olma ve olmamanın manası, neticeleri - lâik hukuktaki manası

78- ***İslâm Hukukunda mallar ilk önce iki kısma ayrılır:***

Mütekavvim mal, mütekavvim olmayan mal.

Bu makamda mütekavvimin manası, insanlar arasında bir kıymeti olan şey değil, İslâm hukukçularının ıstılahındaki manasıdır: Yani intifaı hukuken (şer'an) mübah olan demektir. Mütekavvim olmayan ise, hukuken intifaı mübah olmayan maldır (Md. 127; ed-Dür, et-Dür fâsıd satım), içki ve domuz gibi ve yenilen hayvanlardan olup da boğularak ve başına vurularak[262], şer'î usul ile kesmeden, öldürülen hayvanlar gibi.

İşte bütün bunlar, Müslüman bakımından mütekavvim olmayan bir maldır, öyle ki o şeyin mâliki bir Müslüman olsa, biri de onu itlâf etse, itlâf eden itlâf ettiğini tazminle mükellef olmaz.

Mütekavvim olmamak mülkiyete mâni değildir. Bir Müslüman için

---

[260] Bkz. *Aynı yer.*, 862. Ayrıcı bkz. Mecelle, md. 127.

[261] İstanbul, 2006, Gündönümü y.

[262] Arapça aslında vakaya fiili kullanılmıştır. Yazar bu kelimenin, hayvanın başına ağır bir şey ile, bayılıp ölünceye kadar, vurmak manasına geldiğini söylüyor (*el-Misbah*).

mütekavvim olmayan bir mal üzerinde mülkiyet sâbit olabilir, meselâ elindeki (mülkündeki) meyve suyu tehammür (fermantasyon-alkol haline gelme) eylerse veya mülkünde içki veya domuz varken Müslüman olursa veya mirasçısı bu ikisine mirasçı olursa, yahut domuzu avlarsa, gibi. Bunun sebebi mülkiyetin mal üzerinde sâbit olmasıdır, mal olma ise, gayri mütekavvim malda da sâbit olur.

Fakat mütekavvim olmamak, mütekavvim olmayan mal özelliği üzerine Müslüman tarafından akit yapılmasına mânidir. Bir Müslümanın, damıtmak ve fermantasyon yapmak üzere içkiye ve yetiştirmek için domuza mâlik olması gibi. (Bkz. Red, Fâsid Satış, 4/120; Dürer, Fâsid Satış, 2/174)

Diğer taraftan bu manada mütekavvim olma ile mal olma arasında zorunlu bir bağlantı yoktur. Yani bir şey mütekavvim, yani intifa mubah olabilir ama, yukarıdaki mal olma unsurlarından biri eksik olduğu için **mal** olmayabilir. Buna misal, bir buğday tanesi, bir ekmek kırıntısı, bir avuç topraktır. (Bkz. ed-Dürer, fâsid satış)

Mütekavvim ile, bazen muhrez mal kastedilir: Bu manada, meselâ denizdeki balık mütekavvim değildir, avlanınca, ihraz ile mütekavvim olur. (Md. 127)

Lâik hukuk ıstılahının tamamen benzeri olarak "**mütekavvim**", "**kıymet sahibi**" manasında da kullanılabilir: Meselâ İslâm hukukçularının şu sözleri gibi: "Bize göre menfaatler zâtında mütekavvim değildir, ancak ihtiyaç sebebiyle kira akdi ile mütekavvim olur". (Bkz. el-Hidaye, bir aynı gasbeden ve onu kaybeden faslı)

Ama "el-Mukavvem" ("el-takvim"den mef'ul sigası) ise, manası, bir tek kelime olarak, kıymet sahibidir. Kullanmada, malın mütekavvim olması ile, takvimi arasında fark vardır.

Bütün mallarda aslolan mütekavvim olmasıdır, yani intifaı mübah, akitler için sâlih bir mevzu olmasıdır. İslâm Dini âlimleri şu kaideyi kabul etmişlerdir: "**Eşyada aslolan ibahadır.**" Ama tahrim (yasaklama) ise, nassın varlığına mütevakkıf istisnaî bir haldir.

Bunun temeli şu âyettir: "*Yerde olanların hepsini sizin için yaratan O'dur.*" (Bakara, 29). Bu sebeple yasak, bir nassa veya özel bir delile muhtaç bir istisna olmuştur.

Kur'ân ve sünnette, eşyadan yasak olan şeylerin beyanı sadedinde arka arkaya hükümler gelmiştir.

Meselâ bir âyet şudur:

"*De ki: Bana vahyolunanda, leş, akıtılmış kan, domuz eti –ki pistir– ve günah işlenerek Allah'tan başkası adına kesilen hayvandan başkasını yemenin haram olduğuna dâir bir emir bulamıyorum.*" (En'am, 145)

Bir diğer âyet ise şöyledir:

"*Leş, kan, domuz eti, Allah'tan başkası adına kesilenler –canları çıkmadan önce kesmemişseniz, boğulmuş, bir yerine vurularak öldürülmüş, düşüp yuvarlanmış, başka bir hayvan tarafından süsülmüş, yırtıcı hayvan tarafından yenmiş olanları– dikili taşlar üzerine boğazlananlar ile fal okları ile kısmet aramanız size haram kılındı...*" (Mâide, 3)

79- *Mütekavvim Olup Olmamanın Neticesi:*

Bu bahis içerisinde ortaya şu çıktı ki, mal'da mütekavvim kabul edip etmemenin, akitlerde ve diğer konularda önemli neticeleri vardır:

A) Mal üzerine yapılan bütün akitlerde, satım, hibe, kira, âriyet, rehin, vasiyet, şirket ilâh... gibi, akdin inikadı için mütekavvim mal olması şarttır, eğer mütekavvim değilse akid bâtıldır.

Bununla beraber, İslâm hukukçuları, satımda mütekavvim olmayan malın mebi' olması ile semen olması arasında ayırım yapmışlardır:

1) Şâyet mebi' ise, Müslümanın içki satması halinde olduğu gibi, satım bâtıldır.

2) Eğer semen olmuşsa, bir mikdar içki karşılığında bir şey satmada olduğu gibi, satım münakittir, fakat fâsiddir.

Onlara göre bundaki illet, satım akdinde maksud-u bizzat, mebi'dir, bu sebeple mütekavvim olması inikad şartıdır. Semen ise, zâtı kastedilmeyen bir vesiledir, bu sebeble mütekavvim olması inikad için değil, meşruiyetin şartıdır. (Bkz. Red, fâsid satış).

B) İtlâfta, eğer insan, Müslüman bir mâlikin mütekavvim olmayan bir malını itlâf ederse, içki ve domuz gibi, onu tazmin etmez, çünkü hukuken ondan intifa mübah olmadığı için, onun kıymeti yoktur.

Ama dinen onun mübah olduğuna inanan zimmîlerden bir gayri müslim bakımından ise, İslâm Hukuku nazarında onun korunmuş (muhterem) bir malıdır. Bu sebeple bir Müslüman veya bir başkası Hristiyan birinin içkisini veya domuzunu veya kafasına vurularak veya boğularak öldürülmüş koyununu itlâf etse, tazmin ile mükellef olur.

Keza gayrı müslimlerin onlar üzerine yaptıkları akitleri inikad eder ve sahihtir, ama Müslümanın akitleri inikat etmez ve sahih olmaz.

80- ***Modern Lâik Hukuk Nazarında Mütekavvimlik:***

Bizdeki eski Hukuk Usulü Muhakemeleri K. nun 64. md. si ve ondan sonraki Medenî K. hükümleri, "**mütekavvim**" her malın, üzerine akit yapılmaya (makud aleyh) kabil olduğunu kabul etmişlerdir ve ayn ve haklardan, tedavülü örf haline gelmiş her şeyi ise "**mütekavvim**" mal hükmünde saymışlardır.

Bu maddedeki **"mütekavvim**"den maksad nedir?

Şüphe yok ki, maddede ondan kastedilen, hukukî mana olan kendisinden hukuken intifa' mübah olan mal değildir, belki bu maddedeki mütekavvim'den maksat, "***insanlar arasında kıymet sahibi olandır.***" Çünkü bu madde malın manasını ve şümülünü genişletmek için gelmiş ve mal mefhumunu, helâl ve haram ile ilgisi olmayan, saf medenî hukuk mefhumu haline getirmiştir.

Meselâ içki ve domuz, bu md. nin gereği olarak, Müslümanlar ve gayri müslimler arasında üzerine akit yapılması sahih olan mütekavvim mallar olarak kabul edilmiştir.

Ayrıca bu madde, ayınları mutlak olarak zikrederek, mücerret tedavülüne alışılmış olma ile, onu mütekavvim bir mal olarak kabul etmiştir, böylece mal mefhumu, şer'an haram ve helâl aynlara da şâmil olmuştur.

Dinen intifa' hakkının sebeblerinden biri olarak tedavüle itibar etmek istediğinden bu maddeyi vazettiğini söylemek mâkul olmaz. Çünkü onların gayesi, bir malı helâl ve haram kılmak değildir ve zaten helâl ve haram fikri, lâik hukukta mevzu ve kapsam da değildir. Bu, dinî fikirle temayüz eden ve bu fikirden hareketle medenî hükümlere refakat eden ve imkân nisbetinde, gerçek realiyete açık bir tuğyana mâni olan mânevî bir koruyu-

cu ve kontrolü yapan, yani 1. ciltde açıkladığımız gibi, diyanet hükmü ve yargı hükmü mefhumlarını tesis eden ancak İslâm Hukukudur.

O halde, eski Hukuk Usulü Muhakemeleri K. nun 64. md. sini vazedenler, tedavülü, akdin medenî hukuk manasında inikadı ve sıhhatı sebeblerinden biri olarak itibar etmeyi kabul etmek istemişlerdir.

Yani onların sözündeki mütekavvim olma, ancak medenî hukuk manasındadır, ki o da, şerî (hukukî - fıkhî) manada değil, ancak kıymet sahibi bir şey olmadır.

81- ***Lâik Hukukta Mütekavvim Olmama:***

Burada sorulacak bir konu var: Acaba lâik hukukta, ***mütekavvim olmama*** düşüncesi yok mudur, ya da lâik hukukta da mevcuttur, fakat malların bir başka nevinde mi söz konusu olur?

Şüphe yok ki, bu isimle adlandırılmamış olsa bile, mütekavvim olmama fikri lâik hukukta da mevcuttur, mademki bazı zararlı şeylerin tedavülünü yasaklıyor ve onların dokunulmazlığını (korunmasını) tanımıyor, ki bu, hukuken ***mütekavvim olmama*** düşüncesinin dayandığı manadır. Lâik hukukun, düşüncenin aslında değil, fakat mütekavvim olmayan malın nevindeki hukukî bakışı farklı olsa da, lâik hukukun bu düşünceden soyutlanması mâkul olmaz.

Yani lâik hukuk nazarında mütekavvim olmama, hukukun alınıp-satılması ve tedâvülüne mâni olduğu, haşhaş, afyon ve diğer yasaklanmış uyuşturucular ve patlayıcı harp malzemeleri gibidir.

İşte bütün bunlar, meşrû maksatlarla, doktorluk gayesi ile ve özel kişilere mahsus olarak, istisnaî haklar dışında, topluma (âmmeye) yasaktır.

Değerli Prof. Muhammed Ebû Zehra şöyle diyor:

"*İslâm Hukukundaki malın mütekavvim ve gayr-ı mütekavvim diye ayrılmasının benzeri lâik hukukta da vardır. Çünkü Ceza K. nun alınıp-satılmasını ve ihrazını yasakladığı ve istisnaî haller dışında, ihrazı suç teşkil eden mallar ile tedâvülü yasaklanmış maddeler, mütekavvim olmayan mallardır. Ve istisnaî halleri dışında onu, elde etmenin yollarından hangisi ile olursa olsun, ele geçirenin, eli korunmaz ve bu durumda onu itlâf edene*

ceza verilmez, çünkü K.nun müsaade etmediği tarzda ona zilyed olan kimse için mal olma vasfi yoktur.

İşte malların bu nevini, onunla manada mukayese ederek, İslâm Hukukundaki gayr-i mütekavvim malın benzeri olarak kabul ediyoruz. Çünkü, Ceza K., bu halde onun mülkiyetine hürmet etmiyor, onu korumuyor, âdetâ onun kıymetini, onu ihraz edenden selbetmektedir.

Lâik hukuk yasaklama yolunda, o şeyi mülk edinenin, o şeyin mal olma vasfını kabul etmemekle iktifa etmiyor, bilakis onu, onun elinden alan ağır cezaya ve onu ezen ağır malî bir ceza verilmesine bir sebep haline getiriyor.

İslâm Hukuku nazarı ile lâik hukukun mala itibar etmedeki görüşleri arasında farklar ne olursa olsun, şüphesiz bize gösteriyor ve ifade ediyor ki, yasak maddelerin yarısı, hukukun elde etmeye müsaade etmediği tarzda elde edenin elinde gayr-ı mütekavvim maldır." (Mülkiyet, f/4)

İkinci Altbölüm
MİSLÎ VE GAYRİ MİSLÎ MAL

İslâm Hukuku'nun malların kıymeti ve misliliği hakkındaki teorisi - Mislî Mallara Hasretme - Mislî'nin kıyemiye ve aksine inkılab etmesi - Kıyemî ve Mislî ayırımının neticeleri - İki paranın meziyyetleri - Akitlerde paraların tâyin edilmemesi teorisi.

82- ***İslâm hukukçularına göre, mal, bir diğer açıdan iki temel kısma ayrılır.***

Bunlar: Mislî mal ve Kıyemî mal'dır.

A) ***Mislî***: Önemli bir fark olmaksızın birbirinin yerine ikame edilebilme bakımından, birimleri veya parçaları biribirine benzeyen şeydir.

B) ***Kıyemî***: Efradı (parçaları), fark olmaksızın birbirinin yerine ikame edilemeyecek farklı şeylerdir. (Bir diğer ifade ile: efradı farklı, bu sebeple, birbirinin yerine fark olmaksızın ikame edilemeyecek şeydir).

Mecelle, mislî'yi şöyle tarif ediyor:

"Mislî, çarşı ve pazarda mu'teddün-bih, yani pahanın ihtilafını mucib bir tefavütsüz misli bulunan şeydir." (Md. 145)

Kıyemî ise şöyle tarif edilmiştir:

"Kıyemî, çarşı ve pazarda misli bulunmayan yahut bulunursa da fiyatça mütefavit olan şeydir." (Md. 146).

Mecelle'nin 1119. md. si mislî malların nevilerini saymış, onları dört neve hasretmiştir: ***Mekîlât*** (ölçülenler), ***Mevzûnat*** (tartılanlar), ***Âdediyyat-ı mütekaribe*** (aralarında kıymetçe fark olmayanlar) ve zeriyyatın nevilerinin bir kısmı (arşın ile ölçülenler). Ve bunlar ile kıyemî mallar arasında bazı ayırımlar yapmıştır.

83- ***Malların Kıyemî ve Mislî Olmaları Hakkında İslâm Hukuku Teorisinin Açıklanması***

– Muayyen bir mal bazen, onun her bir ferdinin diğer fertlerinden farklı özel bir itibarı ve bir kıymeti olacak şekilde (derecede), onun farklı birimleri halinde bir nev' ve sınıf olur. Meselâ, bir tek nevi'den de olsa hayvanların fertleri, halılar, hazır elbiseler, araziler, ağaçlar, evler, dükkânlar, ilâh...

– Bazen birimleri ve cüz'leri farklı olmaz. Öyle ki onlardan her bir mikdar tartılsa, muayyen mütemeyyiz ***bir tek sınıf*** içinde tam eşit gelir. Keza kıymetçe de eşit olurlar ve mikdarlar arasında, mikdarlarının farklılığı dışında, kıymette normal olarak nazara alınabilecek herhangi bir fark söz konusu olmaz. Meselâ, katı ve sıvı yağ, buğday, arpa, tuz, hurma, kuru üzüm, ceviz, bâdem, odun, dirhem (gümüş paralar), dinarlar (altın paralar), bütün çeşitleri ile mâdenler, meyveler, yapraklar (kâğıtlar) v. b., yeter ki bütün bunlar bir sınıfdan ve benzer vasıflardan olsunlar.

Yani bu sınıflardan ve benzerlerinden her biri, eğer mikdarları eşit olursa, insanlar arasında kıymette bazı cüz'leri eşit olurlar ve bazısı, işlemlerde ve ifada, bazısının yerine kullanılırlar.

Halbuki birinci kısım aksinedir, çünkü bir parça arsa, alanları eşit olsa dahi, hiçbir zaman komşusu arsa ile eşit olmaz.

Keza bir baş koyun, sığır veya at, aralarında çeşitli bakımlardan ve özelliklerin farklılığı sebebiyle kıymette diğer biri ile eşit olmaz.

Evler, dükkânlar, kilimler-hazır elbiseler, altın-gümüş ziynet eşyaları, mücevherler ve bugün **"mobilya"** diye isimlendirdikleri mefruşat'dan her bir parçanın malzemesi, özelliği, bünyesi, yapılışı, hacmi ve genişliği, ilâh... bakımından, ya da içinde bulunan özelliklerin mecmuu, diğerlerinde bulunan özelliklerden farklı olmasına göre, kendisine has bir kıymeti vardır.

A) Birimleri ve eczaları farklı olan birinci kısım, her bir parçanın diğer parçadan kıymette farklı olduğu, kıymete nisbet edilerek **"kıyemî"** diye isimlendirilir.

B) Birimleri ve eczaları birbirlerinin mislî olduğu ikinci kısım, misliyete nisbet edilerek "*mislî*" diye isimlendirilir, çünkü onun her bir nevinin bir kısmı bir kısmının mislidir, benzeridir.

Mislî maldaki bu zâtî itibara (değer ölçüsüne) ilâve olarak, bir diğer haricî şartın da bulunması gerekir ki, o da mislî olan şeyin, çarşı-pazarda tedâvül halinde, bilfiil benzerlerinin bulunmasıdır.

Yani meselâ nâdir veya mefkud olsa (bulunmasa), birimleri farklı olmasa da, kıyemî olarak kabul edilir, bazı eski sikke paralar ve ziynet eşyaları gibi.

Yukarıdaki Mecelle'nin tarifi buna işaret ediyor. Yani bu mallar, benzerlerinin inkıtaı sebebiyle, fark olmaksızın bazısının yerine onun bazısını koymak imkânı artık kalmamıştır ve onu kıyemiyyat grubuna nakleden kıymetinde özel bir itibar sahibi olmuştur.

84- ***Mislî Malın Kıyemîye ve Aksine İnkılab Etmesi:***

Yukarıda verilen bilgilerden şu netice çıkar: mislî mal kıyemî olabilir, kıyemî de mislî olabilir.

A) Şöyle ki: pazarlarda mislî malın kesretle bulunması sâbit bir durum olmayıp, mislî maldaki varlık halinin inkıtaa (kesintiye) ve inkıta (kesinti) halinin de varlığa tebeddülü ile, mislî olma özelliğinin kıyemî'ye ve aksine, inkılab eder.

İnkıta dışında malı mislî'den kıyemî'ye[263] nakleden bu durumun misallerinden aşağıdaki misaller verilebilir:

---

[263] *Reddü'l-Muhtar*, Gasb kitabının başı, 5/127, Meymeniyye baskısı: "*Mislî, harici bir mana sebebiyle mislilikten çıkar.*"

1) *Farklı iki cinsten iki mislî mal, ayrılma (temyiz) kabul etmeyecek şekilde karışırsa, ortaya çıkan karışmış şey, kıyemî olur.*

Bunun sebebi, onun benzerinin hal-i hâzırda artık kalmadığıdır, çünkü karışan iki şeyden ortaya çıkan şey, parçalarının (eczalarının) nisbetinin farklılığı sebebiyle farklıdır, bu sebeple onun özel bir değerlendirilmesi söz konusu olur (Bkz. Mecelle, md. 1119).

2) *Tehlike ile çevrili ve telef olmaya maruz mislî her mal, tehlike esnasında kıyemî olur (kabul edilir).*

Bunun misali, yangınla çevrili mallar veya yan yatarak batmakta olan bir gemideki yüklenmiş mallar, v. b. dir. (Dürrü'l-Muhtar, gasb kitabının başı).

Bunun sebebi, çünkü bu malların bu halde, tehlikeden sâlim olan benzerlerine benzer hali artık kalmamıştır, bilakis, tehlike hali esas alınan özel bir kıymet sahibi olmuşlardır. Meselâ bu mallar bu durumda iken, kurtulma ümidi ile orantılı olarak satın alınır.[264]

3) *Ayıplı veya kullanılmış her mislî mal, ayıplı hal veya kullanmadan önceki benzerlerinin kıymetinden farklı, özel bir kıymet sahibi yapan bir hale girer ve kıyemî hale gelir.*

Buna dair misal, mislî ve yeni basılmış kitaplar olup, kullanılınca, aşağıda göreceğimiz gibi kıyemî olurlar.

Diğer tarafdan, malda çokluk ve nedret durumu nazara alınsa, aksi durum, yani malın, yukarıda belirtildiği gibi, kıyemî özelliğinden mislîye inkılabı hatıra gelir. Meselâ, zâtından nâdir bulunan benzer (mütemâsil) mallar gibi, bunlar kıyemî kabul edilir, eğer çoğalırsa mislî hale gelir.

85- ***Mislî Malların İnhisarı ve Dayanağı:***

Kıyemî'nin külli nevilere inhisarı mümkün değildir, çünkü onun nevileri bütününü câmi değildir. Bu sebeple, İslâm hukukçuları, onun ayırımı konusunda, yukarıda zikri geçen Mecelle, nin 146. md. sinde yer alan tarif ile iktifa etmişlerdir.

Mislî ise, kendisinin bir tek sınıfının fertleri veya bir tek ferdin parça-

---

[264] Bu tehlike halinde, malın mislîden kıyemîye intikalini kabul etmenin faydası, 88 ve 91. fıkralarda verilecek bilgilerden ortaya çıkar, çünkü orada göreceğiz ki, mislî mal, kendi benzerini (mislini), kıyemî ise, kıymetini ihtiva eder.

ları (eczaları) arasındaki kıymet farklarını esas olan kemmiyet ve mikdar halinde sözkonusu olan malların tümüdür. Yani o halde hepsi, kıymetini takdirde, kemmiyetindeki ölçülere tâbi olan mallardan olmaktadırlar.

Her şeydeki kemmiyet ise, ya ağırlık ve tartı ile yahut ölçü olarak hacim ile, aded'le birim olarak, karış ile alanının boyu veya metre ile,[265] ya da bu ikisi dışındaki uzunluk ölçülerinden biri ile ölçülür ve takdir edilir. İşte imkân dahilinde ve alışılmış olan mikyaslar bunlardır.

Bu esasdan hareketle, mislî malların dört neve inhisar ettiği görülür: ***Mevzûnat, mekîlat, zeriyât ve adediyât-ı mütekaribe***.

86- (A) ***Veznî ve keylî*** olanlar (tartılanlar) bir tek nevidir ve bunlar alel ıtlak mislîdirler.

(B) Zeriyat (ölçülenler) ise, alışılmışın dışında fark olmaksızın, eczaları (parçaları) eşit olma dışında, mislî olmazlar. Bugün günümüzdeki, pamuklu, ipek ve diğer mensucât (dokuma) dan olan çuha ve benzerleri; yine karış ile veya metre ile ölçülen ve birbirine eşit olan şeyler; keza bütün sınıflardan billur levhalar ve aynı ölçü ve özelliklerle gelen metreküp, metrekare, ya da uzunluk halinde satılan kereste yani (ahşab), hepsi mislîdir.

Mezrû olan şeylerin parçaları (eczaları) farklı ise, eczaları benzer olmayan dokumalar ve arsalar gibi, bunlardan her bir parça, bu takdirde mislî değil kıyemîdir.

(C) Adediyat (sayılabilenler) ise, onlardan mütekarib olanlar, ki birimleri arasında alışılmış büyük bir fark yoktur, yumurta ve ceviz gibi, alel-ıtlak mislîdir.

Yok eğer efradı hacimde, her biri diğerinden farklı bir kıymete sahip olacak derecede, farklı olursa, kavun, karnıbahar, lahana v. b. gibi, bu takdirde, eğer örf, onun tane ile satılması ise, birimleri birbirinden farklı olan kıyemî olurlar. Yok eğer örf, tartı ile satılması şeklinde ise, mislîdirler. Çünkü bu takdirde (yani tartı ile satılma halinde) her bir tanesi, rıtl, kıyye v.

---

[265] Gerektiği için, mâlum uzunluk ölçüsü metre (mitr) kelimesinin tarifine gerek görüyoruz. Burada bu kelimeden, mitreye kıyas yaparak, ölçü manasında metre masdar kelimesini türettik. Bu masdarın fiili ise, zira' kelimesine kıyas yaparak, "metere, yemtiru" dur, tıpkı zeraa, yezrau şeklinde, karış ile ölçme için kullanıldığı gibi.

b. tartılarla itibarî ölçüm birimleridir ve bu birimler, içinde farklılık olmayan bir şeydir. Ve teker teker taneler, tabii olarak ve hacim olarak, farklı olan efradı değildirler, yani o bu takdirde adedî değil, veznî hale inkılab eder.

İşte, aded veya vezin ile satılıyorsa, hacimde farklı muhteva ve özellikte benzer fertleri olan her mal hakkında böyle denilir.

Böylece, malın itibarında kıyemî veya mislî olmasında örfün tesiri ortaya çıkıyor ve aslen mislî olan maldaki bu özellik, sayıdan tartıya ve tartıdan sayıya geçen insanların teamülünün değişmesi ile değişmektedir.

Bu durumda tabii mahsüllerden olan yumurta ve ceviz gibi birbirine yakın sayılı şeyler mislî olduğuna göre, imal edilen mütemâsil sayılı şeyler evleviyetle mislîdir. Meselâ bugün modern âletli fabrikaların yaptığı bir tek sınıfdan sinaî eşyalar gibi, cam ve mâdenî bardaklar, billur (kristal) sürahiler, elektrik lambaları gibi, hatta fabrikaların ondan birçok parçalar çıkardığı, diğer cihazları ile beraber motorlar ve su püskürtücülerinin hepsi misliyetten sayılırlar.

Bir tek kitabın yeni matbu nüshalarının fertleri mislîdir. Fakat aynı kitab da olsa, el yazması nüshalar ve kullanılmış matbu nüshalar, özellik ve kıymette bir nüsha diğerinden farklı olması sebebiyle, kıyemîdir.

87- ***Kıyemî ve Mislî Mal Arasındaki Ayırımın İslâm Hukuku Bakımından Güvenilir Neticeleri:***

Kıyemî ve mislî mallar arasındaki bu ayırım, haklar ve yargı sahasında önemli pratik neticeleri vardır. Bu neticelerden önemli olanlarını takdim ediyoruz:

88- ***Birinci Netice:***

Alel-ıtlak mislî mallar, zimmette borçların sabit olmasını kabul ederler ve ondan bir hak, hariçde zâtında tâyin edilmemiş bir mikdara taalluk eder ve bu mikdar ile zimmeti meşgul eder. Ve bu zimmetle borçlu olanın, cins ve sıfat olarak borçlandığı herhangi benzer mallardan biri ile borcunu edâ mükellefiyeti vardır ve alacaklının arzu ettiği muayyen bir ayn ile sınırlı değildir.

Meselâ, bir miktar para borç alan veya vasfı belirtilmiş bir mikdar buğdayı, meselâ bir ay vâde ile satan veya 100 metre billur levha satan kimsenin zimmetinde bütün bunlar ve içinde bu borcun vasıfları bulunan

para veya buğday, ya da billurdan herhangi bir mikdarı ödeyeceği bir borç olarak iltizam haline gelir.

Diğer taraftan, zimmetlerde mislî malların sübut bulması, zimmette diğer bir hükmü gerektirir ki, o da, malın ayn ve borç diye ikiye ayrılmasının neticeleri bahsinde geleceği gibi, aralarında karşılıklı zimmetler arasında takasın cereyan etmesidir. (f. 115/beşincisi).

Kıyemî mallar ise, zimmetde sübut kabul etmezler ve zatlarında da katiyyen borç olmazlar ve aralarında takas cereyan etmez. Eğer hakkın, o şeyin zâtına taalluku isteniyorsa, o şeyin haricte tâyin edilmiş halde mevcut olması gerekir.

Bu sebeple meselâ bir baş koyun veya sığırın satımı, ancak akdin, diğerlerinden ayrılmış mevcut müşahhas biri üzerine yapılması ile mümkün olur.

Bunun da sebebi, borçlunun zimmetini şâyet kıyemî malın zâtı işgal etseydi, o mal gayrı muayyen olurdu. Bu takdirde zimmetin kurtarılması ve borcun ifası onun emsallerinden herhangi bir ferdi ile yapılması gerekirdi. Halbuki gördük ki, kıyemî mal, özellik ve kıymette, herbir ferdi diğer fertlerinden farklı olması sebebiyle, mislî olmayan maldır.

Eğer zimmetin, kıyemî mal ile işgalini gerektiren şer'î (hukuki) bir vakıa bulunsa, bu takdirde bu zimmet mislî ve mütedavil olan paradan birinin kıymeti ile işgal eder. Meselâ bir kimse, bir başkasının kıyemî bir malını telef etse, o onun kıymetini tazminle mükellef olur, yoksa onun benzerini verme ile değil. (Bkz. M. 891, ed-Dürr, gasb kitabının başları).

89- Bu esastan hareketle İslâm hukukçuları karz akdinin kıyemî mallarda cereyan etmeyeceğini kabul etmişlerdir, ancak para, buğday, arpa v. b. gibi diğer eşyalardan (âyan) olan mislî mallarda cereyan ettiğini kararlaştırmışlardır. Çünkü karz ile kabzedilen mal, zimmette, mislî ile iade edilecek bir borcu sâbit kılar. Kıyemînin ise mislî yoktur ve bu sebeple zimmette sâbit olmaz.

İslâm hukukçuları demişlerdir ki, kıyemî malın karz olarak verilmesi, vuku bulduğu zaman, bir bakımdan iare (âriyet) hükmünde kabul edilir ve mevcut olduğu müddetçe aynı iade edilmek icab eder. Yani karz veren onun mislini kabule zorlanamaz, fakat karzı alan kabz ile ona mâlik olur, çünkü ona temlik ile ödenmiştir ve bu sebeple o onun üzerine kıymet ile

mazmun hale gelir, onun elinde helâk olursa, âriyet gibi saf bir emanet kabul edilmez. (Bkz. Dürrü'l-Muhtar ve haşiyesi, Reddü'l-Muhtar, karz bahsi 4/171-172).

90- Bu esastan şu netice çıkar ki, mislî mala ***aynî hak*** taalluk eder. Meselâ bir kimse, onlara işaret ederek muayyen olan bir mikdar kâğıt satsa, alıcının mülkiyeti (hakkı) bu kâğıtlara taalluk eder ki, bu aynî bir haktır. Öyle ki satıcının onun benzerlerini onun yerine verme hakkı yoktur. (Bkz. M. 204).

Ayrıca ona ***şahsî hak*** da taalluk eder. Meselâ bir kimse zâtını değil de, sadece nevini ve vasıflarını belirterek bir mikdar kâğıdı, muayyen bir ecel ile teslim suretiyle satsa, o işlem selem satışıdır. Ve bu sebeple satıcı alıcıya kâğıdı borçlu olur, yani satıcı üzerine, ecel vakti gelince, mikdar, nevi ve vasıf olarak borcunun benzeri (mümâsil) kadarını edâ mükellefiyeti vardır. (Bkz.: M. 123, 370, 381).

Kıyemî mal ise, onun zâtına sadece ***aynî hak*** taalluk eder. Ve şahsî bir hakkın konusu olunca, bu hak gerçekte onun zâtına değil, kıyemî mebiin teslimi gibi, onunla bağlantısı olan bir fiile taalluk eder, işte bu teslim, alıcı lehine şahsî bir haktır. (Bkz. f. 40)

91- İkinci Netice:

Mislî malların zimmette sübutu kabul etmesi sebebiyle, onların itlâfında, kıymetleri ile değil, mislinin tazmini gerekir. (Md. 891) Çünkü misil asla, kıymetin asla yakınlığından daha yakındır ve tazminatda, imkân nisbetinde, tazmin edilecek asla yakınlık gereklidir; çünkü zararın tazmini, kaybolan bir şeyin giderilmesidir. İslâm Hukuku'nun kaidelerinden biri şöyle der: "*Zarar bi-kaderil imkân def' olunur*" (Md. 31); bir diğer kaide ise şöyledir: "*Aslın ifası kabil olmadığı halde bedeli ifa olunur.*" (Md. 53)

Yani daha yakın imkânın varlığı halinde daha uzağa gidilmez. Ve mislin tazmini, telef edilen malın zâtının yerini alır, kıymetin tazmini ise, onun zatının yerini değil, mâliyetinin yerini alır.

İslâm hukukçuları, şöyle demişlerdir: Tazminatta muadelet (denklik) nas ile sâbittir; muadalet ise misil ile sağlanır, kıymet ile değil, çünkü muadilin misli, suret ve manadır, kıymet ise sadece bir manadır (Bkz.: Red, Selem Satışı bâbı, 4/205).

Eğer emsalleri çarşı pazardan (tedavülden) kalkmışsa, bu takdirde mecburi olarak kıymete gidilir.[266]

Ama kıyemî ise, zâtı ile deyn (borç) olmadığından, çünkü mislî yoktur, itlâf halinde tazmin borcu, yukarıda geçtiği gibi, resen kıymetine müteveccih olur.

Mislî mallarda, mislî ile tazmin borcu gerektiği zaman, bu takdirde iltizam tarihi ile, misli ile edanın yapıldığı tarih arasında kıymetin yükselmesi ve azalması nazara alınmaz. Çünkü iltizam, zimmette kıymet üzerine değil, mislî mal üzerine istikrar kazandığından, artık kıymetin tahavvülüne bakılmaz.[267]

92- Üçüncü Netice:

Kıyemî mallar faizli (ribevî) mallar olarak kabul edilmezler ve bu sebeple, birbiri ile mübadelesinde, bir tek cinsten iseler, iki bedelin eşitliğini gerektiren riba el-fadl (fazlalık faizi) kaidesine, yani ziyadesi haram olan riba (faiz) sayılacağı hükmüne hukuken tâbi olmazlar. Yani kıyemî mallar bu kaide dışında kalır ve bu sebeple daha az bir miktara mukabil, kendi cinsinden bir fazlalığın verilmesi câizdir. Muayyen iki koyunun bir koyuna satılması gibi. Bunun sebebi, çünkü söz konusu yasak olan fazlalık, iki cinsten birinin mikdar ve kemmiyetde diğerine fazlalığıdır. Kıyemiyyat ise, mikdarlı mallardan değildirler, yani mikdarının farklılığı nisbetinde kıymetinin farklı olacağı şekilde (bakımından) fertlerinin arasını bir kıyasî ve mikdar biriminin birleştirdiği mallardan değildirler. Bu sebeple, fazlalık faizi, şer'an, sadece mekil (ölçülen) ve mevzun (tartılan) mislî mikdarlara münhasırdır. (Dürrü'l-Muhtar, Riba bahsi).

93- İki Paranın Meziyetleri

Gördük ki, mâdenler tümüyle mislî mallardandırlar.

Bu mâdenlerden ikisi vardır ki, onlarda ihtiyaçların taalluk ettiği

---

[266] Bu takdirde acaba kıymetin tazmini itlaf gününe mi, yoksa mislinin inkıta' gününe, ya da husumet gününe göre mi yapılacaktır? Bu mevzuda İçtihad teorilerinin, hükümleri, zarar veren fiil incelenirken, ilgili yerinde gelecektir. Mecelle, 891. md. sinde birinci görüşü ihtiyar ettiğini ifade etmektedir.

[267] Mamafih bu hüküm, teorik olarak sağlam görünmesine rağmen, bazı hukuk üstadları tarafından, borçlu, üzerine gerekli olan mislî malın tediyesinde, onun kıymeti düşmesi ve bu sebeple alacaklının zarar görmesi vaktine kadar geciktirme ihtimali bakımından, tenkit konusu yapılmıştır.

eşyalar için değer ve kıymet teşkili olması gayesiyle sikke para edinilmesi konusunda genel beşerî örf cereyan eder. Yani borçlar bu basılı paralarla ifa edilir, haklar bunlar içinde tesis edilir. Çünkü bu iki mâdende vasıf ve nedret bakımından öyle bir meziyyet vardır ki, bunlar vasıtasıyla tedavülde kendileri dışında bulunan bir kıymetten daha sâbit (sağlam) olur, insanlar ve ihtiyaçları arasındaki araç olmaya daha uygun ve diğer eşyaların değerleri için esas ve kriter olmaya daha elyaktırlar.

Bu esas hakkında İslâm hukukçuları şöyle demişlerdir:

"*Altın ve gümüş yaratılışda değerli kabul edilen iki şeydir.*" Yani sikke para halinde olmasalar dahi, bu ikisi, tabiatları (bünyeleri) sebebiyle değerli kabul edilirler.

Bunun manası, altın ve gümüş, akitlerde diğer herhangi bir mal ile değiştirilirse, her ikisi de ivazdır ve o mal ise, karşılığında ivaz verilen bir mal kabul edilir.[268] Yok eğer onlardan biri diğeri ile değiştirilirse, o akit sarf akdi olur.

Geri kalan diğer mislî mallar ise, muayyen olunca ve ivazlı akitte borçları eda sadedinde kıyemî aynlar ile değiştirilince, onlar semen olurlar, kıyemî mal ise, semen verilen şey, yani mebi' olarak kabul edilir.

Ama kıyemî mallar birbiri ile değiştirilirse, bu takdirde her biri bir bakımdan semen, bir bakımdan ise mebi' olurlar:

Mebi' ile semen arasındaki ayırımın tafsilatını ve neticelerini yeri 5. cüz olan isimli akitlerden satım akdi babında göreceğiz.

94- Diğer taraftan, eğer altın ve gümüş, dinar ve dirhem şeklinde sikke para iseler, İslâm hukukçuları nazarında, yukarıdaki itibara ek olarak her ikisinin bir diğer itibarı daha vardır. Çünkü her ikisi de malî değerlerden tecerrüd etmekte, yani ayrılmakta, âdeta her ikisi saf borçlar haline

---

[268] İvazlı akitlerde semeni mebi'den ayırmanın, İslâm Hukukunda pratik neticeleri vardır: İslâm hukukçularının görüşüne göre semen, akitteki bir vasıtadır, mebi' ise, maksud olan şeydir. Bu duruma göre, semenin özelliğinde bazen, mebi'de benzerine yapılamayan müsamaha yapılır. Meselâ içki gibi mütekavvim olmayan mal eğer mebi' olursa, akdi iptal eder, şâyet semen olursa akdi ifsad eder: O halde kıyemî bir ayn ile değil de para ile karşılanan şey herhalde mebi olur, çünkü paralar herhalde semendirler, mütekavvim olmayan mal bu sebeple akdi iptal eder.
Mebi olan şey, eğer alıcının elinden bir hak sahibi tarafından istihkaken alınırsa, âkit bâtıldır. Ama eğer semen, satıcının elinden istihkak yoluyla alınırsa, satım akdi bâki kalır, satıcı, alıcıya misil semen ile rücu' eder.

gelerek akitler içinde yer almaktadır. Ve bunlar üzerine yapılan akit ise, âdetâ ayn üzerine değil, zimmetteki bir borç üzerine vukubulmaktadır. Çünkü bu takdirde her ikisi, tedavül ve ivazlaşmada (muavaza) vasıta için saf bir araç haline gelmektedir.

Bu teori hakkında İslâm hukukçuları şu kaideyi kabul etmişlerdir:

"*İvazlı akitlerde, dinarlar (altın paralar) ve derahim (gümüş paralar), tâyin ile muayyen olmazlar.*" (Md. 243)[269]

Bunun izahı şöyledir: Altın ve gümüş, eğer sikke para olmayıp, mâden ise, ivazlı muamelelerde semen kabul edilir, fakat bizzat tâyin edilmeyi kabul eden diğer misliyyât gibi. O halde, zâtıyla muayyen olan altın veya gümüş külçe satın alan, külçenin mikdar ve ayarında emsalleri bulunsa dahi, başka bir külçeyi kabul etmeye zorlanamaz, yani müşterinin aynî hakkı o külçeye taalluk eder.

Ama dinar ve dirhem adıyla meskûk iseler ve o kimse zâtiyle muayyen olarak ve ona işaret ederek dinar veya dirhem ile bir şey satın alsa, o şey, onunla akit yapılmış semendir ve akit tamam olur. Yani o kimse, o şeyin aynı ile edâsına icbar edilmez, bilakis mümâsil dirhem veya dinarlardan olan başka bir (para) ile ödeme hakkına sahiptir. Bu durumda akit, tıpkı tâyinden mutlak olarak mücerret dinar ve dirhem üzerine yapılmış gibi kabul edilir.

Bu tecrit, sikke paranın tedavül fonksiyonundan çıkmaktadır, yani sikke paranın iktisadî gayesi –ki insan ile ihtiyaçları arasında bir vasıta olup, zâtı maksud değildir–, kıymetleri eşit olduğu müddetçe, bu vasıtalıkta onun bir nevinin fertlerinin eşitliğini gerektirir.

Sikke para ile, mâden olarak altın ve gümüş arasındaki ivazlı muamelelerde tayin kabiliyetinin varlığı ve yokluğu konusundaki hukukî farkı, İslâm hukukçularımız, hukuk düzeninin mâdenî paralarda derpiş ettiği genel iktisadî hedef üzerine bina etmişlerdir.

Dirhem ve dinar gibi bütün diğer mâdenî sikke paralar ki, İslâm hukukçuları onları "*Râici olan kullanılan fülus*" diye isimlendiriyorlar, semen olmaları vasıflarının insanların ıstılahı ve örfünden doğduğunu kabul ediyorlar.

---

[269] Bu md. nin M. deki esas ifadesi şöyledir: "*Akitteki tâyin ile semen taayyün etmez.*" (Çeviren).

Bu fülus, tâyin kabiliyetinin yokluğu bakımından, hulkî ve semen olarak kabul edilmiş dirhem ve dinar ile müşterek ve açıklama yeri burası olmayan, diğer hükümlerde ise, onlardan farklıdırlar[270].

95- Bu son hüküm, yani paraların tâyin ile muayyen olamayacağı, ivazlı akitlere mahsustur. Emânet akitlerinde ise, dinarlar ve fels'ler tâyin ile muayyen olurlar, meselâ para vedialan gibi. Yani vedi' o para vediasını, emsalleri ile değiştirme hakkına sahip değildir. Şâyet yapsa gaasıb olur, yani emin olduktan sonra zâmin olur, bilakis onu mudi' için muhafaza etmek mecburiyetindedir.

Bunun gibi bir insan, meselâ teraziyi ayarlamak için bir dinar âriyet alsa, onun misli ile iade hakkı yoktur, bilakis âriyet alınan dinarın zâtı ile iadesi tâyin edilmiş olur.

Üçüncü Alt Bölüm
İSTİHLÂKÎ (TÜKETİME AİT) VE İSTİMALÎ (KULLANMAYA AİT) MALLAR [271]

İstihlâkî ve istimalî'nin manası - istihlâkî ve mislî mal arasında bağımsızlık (adem-i telazüm) - bu taksimin hukukî neticesi.

96- ***Mal üçüncü bir bakımdan da iki kısma ayrılır:*** *İstihlâkî* (tüketime ait) *ve istimalî* (kullanmaya ait) mal.

A) Tüketim malı: Onun özelliklerinden istifade, normal olarak, ancak onun tüketilmesi ile tahakkuk eden maldır.

Bundan maksat, ilk defa kullanılması ile tüketilen şeydir, çeşitli nevileri ile yiyecek, içecek, odun, yazı kâğıdı... ilâh. Tüketim, ister hakiki olsun, zikredilen eşyada olduğu gibi, isterse hukukî olsun, paralarda olduğu gibi, netice aynıdır. Evet para da bu gruba girer ve borçların ifası ve ihtiyaçların giderilmesi yolunda bulunduğu elden çıkması, hukukî bakımdan, harici varlıkta onun ayn'ı, aynı halde kalsa da, bir istihlâk kabul edilir.

---

[270] Günümüzde kâğıt para, râici olan kullanılan fülüs hükmündedir, yani aslında bünyesi hamiline yazılmış senet kabilinden olsa dahi, fülus gibi tedavül eder.

[271] Malın *istihlâki* ve *istimalî* diye ayırımını İslâm hukukçularımız açıkça zikretmiyorlar. Fakat göreceğiniz gibi, bazı akitler bakımından bazı mallarda gerekli gördükleri şartlar, buna delâlet ediyor.

B) Kullanma malı: Ayn'ı bâki kalmakla beraber, ondan istifade onun tekrar tekrar kullanılması ile tahakkuk eden şeydir.

Ve bunlar, birinci defa kullanmakla tükenmeyen, bilakis, tabiatları ve kabiliyetlerine göre uzun ve kısa olarak farklı nisbetlerde devam etme özelliğine sahip mallardır.

İki nevin arasını ayıran fark, kullanmada birinci (ilk) defa'ın tüketimidir, yoksa mutlak istihlâk olmadığıdır, çünkü eşyaların çoğunu ancak, uzun kullanma tüketir.

Şuna da işaret edelim ki, tüketim malları ile mislî mallar arasında mislî malları açıklarken verilen mana ve şartlar bakımından, tüketim mallarının çoğu mislî mal olsa da, bağımlılık (telâzüm) yoktur.

Yani kıyemî ve mislî olan her şey tüketim malı olabildiği gibi, kullanma malı da olabilir:

– Meselâ pişmiş yemek kıyemî tüketim malıdır.

– Yazılmış kitab veya kullanılmış matbu şey, kıyemî kullanma malıdır.

– Buğday ve arpa mislî tüketim malıdır.

– Yeni dokunmuş mütemâsil (benzer) mal, çuha ve keten, mislî tüketim malıdır.

97- Bu Ayırımın Neticesi:

Bu ayırımın, bazı akit ve haklara malların kabiliyeti ve kabiliyetsizliği bakımından, İslâm Hukukunda neticeleri vardır:

1) Tüketim malları, konusu tüketim değil kullanma olan akitler üzerine yapılmasını kabul etmezler. Bu akitler, ayn değil menfaatlerin temliki gayesiyle yapılırlar, kira ve âriyet gibi. Çünkü akit, aynı muhafaza ile beraber intifa'ı (istifadeyi) gerektirir, istihlâkî maldan ise, ancak onun aynını istihlâk ile istifade edilir, yani akdin gayesi, üzerine akdin yapıldığı şeyin bünyesi ile bağdaşmaz.

İslâm hukukçuları kira akdi konusunda "Ayn bâki kalmakla beraber ondan istifade câiz olan her şeyin kiralanması câizdir, aksi halde câiz değildir" demişlerdir. (Bkz. el-Fetevâ el-Haniye, uzun süreli kira bahsi; Mahmud Hamza, el-Kavaidü'l-Fıkhiyye, Kira meselelerinin başı, sh. 73).

Bu ifade e*diyor ki, kiralanan şey, yukarıda şerhi geçtiği manada kullanma malı olmalıdır.*

Bu esastan hareketle hanefî içtihadında İslâm hukukçuları şu kaideyi koymuşlardır:

"*Kiranın, aynen istihlâkî üzerine yapılması sahih olmaz.*"

Bu sebeple, hanefî mezhebinde avlanma gayesiyle göl ve havuz kiralamak, mer'a veya otlatmak için arazi (mer'a veya otlakları) kiralamak, veya kamış veya odun kesmek gayesiyle orman kiralamak caiz olmadığı gibi, muayyen bir müddet sütünden içmek için bir koyun kiralamak da câiz değildir. (Bkz. Red., Fâsid kira bahsinin sonu).

İslâm hukukçuları, zaruret ve genel ihtiyaç sebebiyle bazı akitleri bundan istisna tutmuşlar ve süt anayı –yani çocuğu emziren kadını– çocuğa süt vermek için kiralamayı câiz gördükleri gibi, yıkanmak için hamama gitmeye de cevaz vermişlerdir, akit, sütü ve sıcak suyu tüketmeyi hedef almış olsa dahi.

Yemek ve içmek dahil olmak üzere otellerde kalmayı da bu şekilde kabul etmek gerekir.[272]

Âriyet akdi de, para, hububat ve yiyecekler gibi, istihlâkî bir mal üzerine yapılmışsa, genellikle **âriyet** sahih olmaz, bilakis bu akit, maksat nazara alınarak **karz**'dan mecâz bir akit olarak kabul edilir (Bkz.: Red., 4/504).

İstihlâkî mallara ait nas'ların delâlet ettiği bu asıl gereği buğday, meyve

[272] Burada belirtelim ki, eski Hukuk Usulü Muhakemeleri K. nun 64. md. si ve ondan sonra yeni Medenî K. nun hükümleri bütün bu fâsid kiraların sıhhatini gerektiriyor.

Ayn'ın istihlâki esası üzerine yapılan bu kiraların çoğu, insanların onlara genel ihtiyacını ve onlar hakkındaki örfü tahakkuk ettirmişlerdir. İhtiyaç ve örf, teorik prensipler gereği aslında fâsid olan şeyleri, muteber kabul ederek bertaraf etmiştir.

İbn-i Âbidin, Allah rahmet eylesin, Fâsid Kira bahsinin sonlarında Tatarhaniyye Fetvalarından şu hükmü nakletmiştir:

el-Havi şöyle diyor:

"*Muhammed İbn-i Seleme'ye simsar'ın ücreti hakkında soru soruldu. O şöyle cevap verdi:*

– Aslında fâsid olmasına rağmen (olsa da), çok yapıldığı (teamül) için, mahzuru olmayacağını dilerim.

Bu gibi şeylerden bir çoğu câiz değildir, ama insanların onlara ihtiyacı sebebiyle, hamama gitmek gibi, bunlara cevaz vermişlerdir."

v. b. gibi aynını temlik etmeksizin istihlâkî malların muayyen bir müddet menfaatini vasiyet sahih olmaz. Meğer ki, lehine vasiyet yapılan kimseye o malı istihlâk etmek kastıyla karz olarak vermesi ve muayyen müddetin sonunda onun mislini iade mecburiyeti yüklemek şeklinde olsun.

2) Kullanma malları ise, yukarıda geçtiği gibi, aksinedir. Karz gibi, hedefi istimal değil sadece istihlâk olan akdi kabul etmezler.

Buna dayanarak, ödünç verilen malın, aynı anda istihlâkî ve mislî mal olması gerekir.

– Ama onun özelliğinin istihlâkî olması, akdin gayesini tahakkuk ettirmek içindir, çünkü karz alanın maksadı, karz aldığı şeyi, ihtiyacını gidermek için istihlâk etmektir.

– Ama onun özelliğinin mislî olması, karzı alanın zimmetinde sübutunu mümkün kılmak, yani istihlâkdan sonra borcun edâsında onun yerine geçecek mislini ikame etmektir. (Bkz.: f/88).

3) Ama maksat ve mevzuları sadece istihlâk veya istimale inhisar etmeyen, bilakis satış gibi, gayesi her ikisine de şâmil olan veya, gayesi, vedia akdinde olduğu gibi, muhafaza gibi bir başka gaye olan akitler, malların açıklaması yapılan her iki nevi üzerine yapılması mümkündür, böylece tüketim ve kullanma mallarında, her ikisinde câiz olurlar.

Dördüncü Altbaşlık
MENKUL VE GAYRIMENKUL MALLAR

İslâm Hukuku ve lâik hukukta menkul ve gayrımenkulün manası - menkulun gayrimenkule tahavvülü veya aksi - arazilerin taksimi ve İslâm Hukuku ve lâik hukukun önemli hükümleri- medenî hükümlerde malların menkul ve gayrimenkule ayrılmasının neticeleri.

98- Mal dördüncü bir bakımdan ***menkul ve gayrı menkul*** kısımlarına ayrılır.

– Menkul, bir yerden diğer bir yere nakl ve tahvili mümkün olan her maldır ve para, uruz (eşyalar), hayvan ve kıyemiyyat ve misliyattan olan benzeri şeylere şâmildir. Bu gruba bugün gemiler, uçaklar ve arabalar da girer.

– Gayrımenkul ise, akar'dır ve bir yerden diğer bir yere nakl ve tahvili mümkün olmayan maldır. (Md. 128-129).

Hanefî hukukçulara göre akar, aslında çıplak (mücerret) veya bina yapılmış arazi demektir. (Red., Vakıf Kitabı, Fethu'l-Kadir'den naklen).

Bu duruma göre, arazi üzerinde de olsalar, bina ve ağaç, hanefî mezhebinde menkullerden sayılırlar. Bu sebeble, bunlar arzdan ayrı olarak satılınca, üzerlerinde şuf'a hakkı cereyan etmez. Çünkü şuf'a hakkı gayri menkule münhasırdır. (Md. 1019-1020).

Keza, bir mekândaki arazi hariç, yalnız bu ikisinin (bina ve ağaç) vakfı sahih olmaz, insanlar sadece ve yalnız başına bina ve ağaçların vakfına alışmamışlardır (örf haline gelmemiştir, çünkü vakıf ancak akar'da ve vakfedilmesi örf haline gelmiş menkullerde cereyan eder). (Dürr ve Red, Vakıf Kitabı'ndan).

Ancak onlar, akar üzerine yapılan tasarrufta araziye tebei olarak bağlı olmak üzere, içinde bulunan bina ve ağacı da, hükmen araziye ilhak etmektedirler. Meselâ ağaçlı bir ev veya arazi satılsa, bina ve ağacın şuf'a hakkı, arazi ile birlikte ele alınmış olur. (Md. 1020).

Bunun manası, İslâm Hukuku nazarında bina ve ağacın iki itibarı (değeri) vardır: Bu ikisi araziden ayrı olarak menkul, arazi ile birlikte ise, tebeî olarak gayrimenkul kabul edilirler.

Malikî içtihadı, bina ve ekili şeyleri gayrimenkulden kabul eder, çünkü bunun ikisi, esas şekilleri üzere kalmakla beraber, arazi ile kuvvetli bir şekilde bağlantı halindedirler ve nakilleri gayrı kabildir, hatta bir halden diğer hale tegayyür ederler ve böylece, ağaç, odun, bina ise enkaz haline gelir. Bu sebeple zarar ve halel vermeksizin özelliklerini muhafaza, ayınlarının sâbit olmasını gerektirir. Bu sâbitlik, akarı, araziler gibi kabul etmeyi gerektirir.[273] (Bkz.: Şerhu'l-Kebir, Şuf'a bâbı; Prof. Ebû Zehra: el-Mülkiye ve Nazariyetü'l-Akd, f/10).

---

[273] Modern hukuk nazarı, gayrımenkulün özelliğinin sahasını, İslâm Hukuku hududundan daha ileri genişletmeye müteveccihtir.

Yukarıda (f. 98-Çeviren) dedik ki, İslâm hukukçularının akarı, arazi dışında, zatı ile gayrı menkul olarak kabul etmiyorlar. Benzer bir durumu akarları üç kısma ayıran bizdeki eski akar mülkiyeti tüzüğünün 1. md. sinde görüyoruz: Bizzat akar olanlar, gayesi bakımından akarlar ve manevî akarlar.

Kendisinde sâbit bir durum olan her şey, hatta araziye bitişik bitkiler ve binalar da birinci neviden, yani zâtı ile akar olanlar'dan sayılmaktadırlar. Binalar, inşaat malzemesi ile bir araya gelen ve yerin üstünde veya altında sâbit bir şekilde birbirine destek veren her şey şeklinde tefsir edilmiştir.

***99-** Gayrı Menkulün (Akarın) Menkule Tahvil Edilmesi ve Aksi*

Yukarıda verilen bilgilerden ortaya çıkıyor ki, menkul İslâm Hukuku nazarında, tebei yol ile akar haline gelmektedir. Arazi üzerindeki bina ve ağaç gibi.

Sâbit şekilde bağlı olarak akar içine konulan her şey binadan kabul edilmektedir. Kapılar, sürgülü kilitler ve günümüzde su ve elektrik nakil boruları (elektrik lambaları aksinedir, çünkü bunlar sâbit şekilde konulmazlar), hamam kurnaları ve sâbitleştirilmiş merdivenler v. b. gibi.

Bütün bunlar, mücerret akara bağlılığı sebebiyle itibarî olarak akar haline gelmektedir ve haklarında biraz sonra göreceğimiz akar hükümleri cereyan eder. Ve içinde bulunduğu gayrı menkulün satılmasına, ona tebean, akitte onun içine dahil olduğu yazılmasa bile, ondan bir cüz (parça) olduğu andan itibaren, dâhil olur. (Bkz. M. 232).

Aksine, gayrı menkul de menkul haline tahavvül edebilir. Meselâ, ocak ve kuyulardan çıkarılan, kömür, taş, toprak v. b. böyledir.

Bütün bunlar, mücerret arzdan ayrılması ve nakil için hazırlanması ile ondan soyulup ayrılmakta, gayrı menkul özelliği ve hükümleri soyulmakta, böylece menkullere iltihak etmekte ve haklarında bunların hükümleri cereyan etmektedir.[274]

Bu tefsir, yukarıda işaret edilen mâliki içtihadına uygundur.

Ziraî veya sinaî akar içinde bulunan ve onun nemalandırılmasına taalluk eden her şey, hatta havuzlardaki balıklar ve araziye mahsus gübre dahi, ikinci gruptan sayılmaktadır.

İrtifak hakları, teminatlar ve hatta mahkemelerde akarların zâtı hakkında açılmış davalar dahi üçüncü neviden (mânevî) sayılmaktadır!

Daha sonra Suriye Medenî K. nun 84 ve 85. md. si gelmiş ve bu isimleri sınırlamaksızın, bu tafsilî ayırımı kabul etmiştir.

Akar hakkında açılan davaların akar haline gelmesini kabul dışında, her şey muhtemeldir! İşte bu ihtimal, İslâm Hukuku ile lâik hukuk arasındaki tasavvur metodlarındaki derin farklardan biridir. Çünkü bu akar Mülkiyeti Tüzüğü'nü, Fransız valisi, himaye (protectorat) döneminde fransız Akar hukukundan istifade ile çıkarmıştı.

Irak Medenî K. akarı şu sözlerle tarif etmiştir:

"Gayri menkul, telef olmaksızın nakli ve tahvili imkânsız olma bakımından, kendisinde müstakar sâbit özellik bulunan her şeydir ve arazi, bina ve ekilmiş şeylere şâmildir."

Ayrıca şu hüküm de yer almaktadır:

"Memlûk bir gayr-ı menkule, mâlikinin, bu gayrı menkulün kıymetine veya ondan istifade için koyduğu menkul, tahsis sebebiyle gayrı menkul olarak kabul edilir.

[274] Müellifin "Ayn ve Alacak" arasındaki farka işaret eden değerli açıklamalarını (bkz. sh. 1006-

Altıncı Alt Bölüm
AYN VE MENFAAT

Menfaatlerin zatları ile mütekavvim olmaları konusunda İçtihadların farkları - İki teorinin neticeleri - Gasbedilen malın menfaatleri - Hanefî mezhebi teorisinin tenkidi.

132- Menfaatler hakkındaki İçtihadların görüşleri, onların zatlarında kıyemî mallardan mı kabul edileceği, yoksa böyle kabul edilmemeleri gerektiği konusunda farklıdır.

Meselâ hanefî mezhebi, menfaatlerin aslında mallar sahasına dâhil olmadığı, ancak mülk oldukları görüşündedir (Bkz.: f/69). Mecelle 125. md. sinde bu esası kabul etmiştir.

Onların bu konudaki görüşleri şöyledir: menfaat mevcut maddî bir şey değildir, ancak zamanın hadiselerine göre parça parça vukua gelen ârazdır. (el-Bedâi Gasb Kitabı, 7/145), yani maldan bir servet kabul edilmez, çünkü menfaatde ihraz (bir sınır içine alma) ve iddihar (depolama) mümkün olmaz.

Bu esasa göre Hanefî içtihadı, şu meşhur teorisini ortaya koymuştur:

"*Menfaatler, bizzat kıymet sahibi değil, ancak ihtiyaç sebebiyle, hukukta, kıyasın aksine olarak kira akdi ile mütekavvim hale gelmiştir.*"

(Bkz.: el-Hidaye, bir aynı gasbeden ve sonra onu kaybeden faslı)

Hanefîlere göre menfaatler kira akdi dışında mütekavvim kabul edilmezler, çünkü kaide şudur: Kıyasın aksine olan ve onu değiştiren şeye kıyas yapılmaz.

133- Şâfiî ve Hanbelî içtihadı ise, bu teorinin aksini ileri sürmüşler ve menfaatleri zâtlarında mütekavvim mallardan kabul etmişlerdir, çünkü âyandan maksut olan onlardır, yani değerli ihtiyaçlar ve eşyalar, insanlar arasında menfaatleri ile ölçülür. Kanun koyucu menfaatin nikâhta mehr olmasını kabul etmiştir. Mehr ise, kadınların muharramatını teker teker saydıktan sonra, Allah'ın şu sözü gereği mal olması gerekir:

"*Bunlardan başkasını, zinadan kaçınıp, iffetli olarak, mallarınızla istemeniz size helâl kılındı.*" (Nisâ, 24)

1038) buraya almıyoruz.

134- Menfaatlerin mal olması ve zâtlarında mütakavvim olmaları konusundaki içtihadî görüş ayrılığından, bu temel teoriden doğan birçok yan meselelerde görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır. Bunların en önemlisi ve en meşhuru, gasbedilmiş menfaatlerin tazmini veya tazmin edilmemesi teorisidir.

Hanefî içtihadına göre, gasbedilen şeyin menfaatlerin-den, gasbedeni ecr-i misil tazminatı ödemeye mükellef tutmak câiz değildir. Çünkü menfaat, istisnâî olarak kira akdi dışında, mukavvim bir mal değildir, gasbeden ile gasbedilen kimse arasında bir akit de yoktur. Gâsıb ancak, elinde telef olur, değeri azalır, ya da kaybolursa, ayn'ın kıymetini veya kıymet eksikliğini tazmin eder. Mecellenin 596, 891, 900. md. leri bu esasa göre düzenlenmiştir.

Şâfiî ve Hanbelî İçtihadları ise, gasbeden, ister onun menfaatini almış olsun ister almadan terketmiş olsun gasb müddeti içinde gasbedilen malın ecr-i mislini ödemekle mükellef tutuyorlar.

135- Hanefî mezhebinden İmam Ebû Zeyd Abdullah İbn-i Ömer ed-Debusî, *"Te'sisun-Nazar"* adlı kitabında, bu teori hakkındaki görüş ayrılıklarının esasları ve bunlardan çıkan yan neticeler yer almaktadır:

"*İmam el-Kuraşî Ebi Abdullah Muhammed İbn-i İdris eş-Şâfiî'ye göre, (Allah ruhunu aziz etsin ve kabrini nurlandırsın), menfaatler mevcut âyan derecesindedir. Bize göre ise, ancak ve sadece: Onun üzerinde akdin yapılması –yani kira akdi–, başka konuda değil, hakkında âyan derecesindedir. Bu esasa göre:*

1- *Âlimlerimiz demişlerdir ki, bir kimse bir evi gasbetse, içinde senelerce otursa, ücret vermesi gerekmez. İmam Şâfiiye göre menfaatin kıymetini, ki ücret (kira bedeli) dir, ödemesi gerektiği gibi, âyan'dan bir ayn gasbetse ve onu istihlâk etse, onun kıymetini tazmin eder.*

2- *Buna dayanarak İmam Şâfiî diyor ki, muşâ mal (taksimi yapılmamış müşterek mal) üzerine kira akdi câizdir, çünkü ona göre menfaatler mevcut âyan derecesindedir ve insan muayyen bir ayn'daki şâyi hissesini satsa, satışı câizdir, keza kira da câizdir, çünkü kira, menfaatlerin satımıdır. Bize göre, yabancının müşa malı kiralaması câiz değildir. Ama ortaklardan birinin şâyi hissesini bir diğer ortağın kiralaması câizdir.*

3- *Buna dayanarak İmam Şâfiî diyor ki, kira, özür sebebiyle feshedilmez, çünkü menfaatler mevcut âyan derecesindedir. Ve bir kimse bir ayn satsa, özür sebebiyle satımı feshedemez, burada da (kirada da) aynı şekildedir, bize göre ise kira mâzeret sebebiyle fesh olur.*

4- *Buna dayanarak İmam Şâfiî diyor ki: Kira, âkit taraflardan birinin ölümü ile sona ermez, bize göre sona erer.*

5- *Buna dayanarak İmam Şâfiî diyor ki: "Kira akdindeki ücret (bedel), semenin vücubu (gerekliliği) bakımından, mebi âyan derecesinde olup, bizzat akdin içinde bulunmalıdır. Bize göre ise, saat saat ve gün gün gerekli olur*(26)*, bu duruma göre, kiracının kendi ameli ile istifadeyi temin etmesi gerekir, istifadeyi temin edemediği müddetce, ücret (bedel) ödemesi gerekmez" (ilâh...) (ed-Debusî, Tesisu'n-Nazar, sh. 62-63).*

136- Diğer taraftan şurası açıktır ki, menfaatleri, malî olma ve mütekavvim olma konusunda ayan'lara ilhak etme konusundaki Şâfiî ve Hanbelî içtihadı teorisi, Hanefî içtihadındaki hukukçularımızın teorisinden daha kuvvetli, daha sağlam ve İslâm Hukuku'nun hikmeti, uygulamanın menfaati ve hakların korunmasında daha uygundur. Çünkü menfaatleri zatlarında kıymet sahibi kabul etmemek hakkında, İslâm Hukuku'nun delillerinden, ne naslarından ve ne de asıllarından, kuvvetli ve açık bir delil vardır; ancak o, hanefî içtihadında, mal ve kıymet teorisinde maddiyata temâyülde bir mübalağadır.

Kur'ân ve sünnetin nasları ile kira akdinin hukukî esasları, İslâm Hukuku'nun menfaatleri zâtlarından mütekavvim kabul ettiğine dair konuşan bir delildir, hatta intifa (istifade) karşılığında bedeli borçlanmayı kabul ettiği gibi, alım yoluyla aynın mülk edinilmesi karşılığında semeni borçlanmayı da kabul etmiştir.

Kira akdinin, kıyasın hilafına vâki olduğu kabul edilse bile, onun kıyasa aykırılığı, zâtında mütekavvim olmayan menfaatler olması cihetinden özellik kabul edilmez, bilakis, üzerine akit yapılan menfaatlerin akit sırasında yok (mâdum) olması cihetiyledir.

Şüphe yok ki, ayn mülkü, aynın zâtı için değil, menfaatleri için maksuttur (istenilir). menfaatler ise, takvimde (mütekavvim olup olmamada) esas kabul edilmek icab eder. Bir şeyin elde edilen menfaatlerinin kıymeti,

uzunca bir zaman içinde aynının kıymetinin üstünde artabilir, peki nasıl olur da, kıymetinin heder olması ve değerinin yokluk gibi olduğu sahih olur? Hatta nasıl olur da, başkasının malından istifade eden, mücerret onun, eğer helâk olursa, aynın kıymetini tazmin etmeye uygun şey olması sebebiyle üzerine ecr-i misil gerekmeyen bir gaasıb kabul edilir. Her halükârda, o kimse gasbedilmiş malı salim bir şekilde iade etse bile, o kimse, gasb müddetince mâlikin mülkünün menfaatlerinden istifadesine mani olmakla mâlike bir zarara sebep olmuştur ve mütesebbib müteaddi ise, mübaşir gibi zararları zâmindir? Nitekim İslâm Hukuku'nun genel kaidelerinden biri şöyledir: "Zarar ve mukabele- bizzarar yoktur". (Bu ifade Mecelle'nin 19. md. sinin metnidir-**Çeviren**) Şâyet mâlik, gasb müddeti içinde, gasbedilen malın kendisine ait menfaatlerinden ihtiyaçlarını karşılamak istese, ancak gasbedilen şeyin makamına geçecek bir şeyi bir bedel ile kiralaması ile, bu neticeyi elde edebilir.

137- Hanefî hukukçularından daha sonraki asırda gelenler, gasbedilmiş malın menfaatlerinin tazmin edilmemesi teorisinin sebep olacağı neticelerin kötülüğü ve hak kaybını görmüşler ve bu teorinin uzantılarını kesmiş ve şümul sahasını daraltmışlar, yani yetim malı, vakıf malı ve kiraya verilmek için hazırlanmış malları istisna tutmuşlar ve bütün bu hallerde, gasbedene, menfaatlerin kıymeti olan, ecr-i misili tazmin etme mükellefiyeti yüklemişlerdir. Bunu da, hanefî mezhebindeki teorinin aslının aksine olan görüşleri açıklayacağımız ve ilgili yerinde göreceğimiz gibi, zamanın gerekleri ve diğer bazı değer hükümleri ile gerekçelendirmişlerdir.

Şurası açıktır ki, yetim, vakıf ve kiraya verilmek üzere hazırlanan mallara taalluk eden durumlardaki gasbda ayanın menfaatlerini mukavvim ve mazmun hale getiren değer hükümlerine uygun olan şeyler, genel olarak diğer durumlardaki menfaatlerin de aynı şekilde kabulüne uygundur.

Keşke Mecelleyi hazırlayan komisyon, kendisine sağlanan hukuken muteber seçim (seçme) yapma selahiyeti özelliği ile, bu konuda Şâfiî ve Hanbelî teorisini kabul etseydi.

Yani, toplumun menfaatlerini korumak ve, hukukî mesuliyet ile birleşmediği takdirde, mücerret yasaklanması sebebiyle insanların çoğunu himayesiz duruma düşüren düşmanlıkları izale etmek için menfaatlerin

tazmin edil-mesini genelleştirseydi ve menfaatleri, diğer durumlarda da, zatları ile mukavvim kabul etseydi.

İçtihadıma bakan veya onu uygulayan kimse, anlar ve kabul eder ki, din bir zamanlar nefislerde takva neticesi doğuran bir edeb ve nefislerin kötülüklerine engel olan bir korku kaynağı idi. Daha sonra fesadın yaygınlaşması ve tamahkârlığın hâkim olması sebebiyle görüşler ve değerlendirmelerin veçhesi değişti ve artık mesele, maddî (materyalist) eğilimlerden yüzlerini çevirme ve imanın zayıflaması sebebiyle onu kuvvetlendirmeye ihtiyaç haline geldi. Tıpkı şu hadis-i şerifte ifade edildiği gibi: **"Kur'ân'dan fazla Sultandan çekinen kimse"** gibi oldular. (Suçları işlerken, âyet ve hadislerden değil, devlet otoritesinden korkan kimse). (...)

Bir düşünce:

Şurası belirtilmelidir ki, bugün bizdeki kanun hükümleri, bir akit olmaksızın bir gayr-ı menkulü işgal edenin üzerine, gayr-ı menkulün ecr-i mislinin tazminini gerektiriyor ve mahkemeler bu konuya devamlı olarak eğiliyorlar.

Ayrıca Medenî K. hükümleri de –menkul mallarda da olsa– genel olarak gasbedilen kimseye gelen zarardan ve gasbedilen maldaki kâr ve menfaatin kaybından dolayı gasbedenin mesuliyetini gerektiriyor.

Yedinci Alt Bölüm
MEMLÛK MAL, MÜBAH MAL VE MAHCÛR MAL

Memlûk-alt bölümleri ve hükümleri: Müstakil, müşterek ve başkasının hakkının taalluk ettiği mal - Müşterek malın taksimi ve izale-i şüyuun asılları - mübah - mahcur.

138- Mal yedinci bakımdan, yani mülke dahil olması ve olmaması bakımından üç kısma ayrılır: ***Memlûk, mübah ve mahcur***.

139- (A)- Memlûk Mal:

Memlûk mal, ister şahıs, isterse devlet, kamu kuruluşları ya da dernek gibi hükmî şahıs mülkiyeti olsun, mülkiyet altına giren şeydir.

Memlûk mal, gayrımenkul ve menkulü aynı şekilde ele alır. Yani

mal mülkiyete hukuken tam olarak dahil olunca, mâlik lehine mülkiyet hakkından ortaya çıkan intifa, istimal ve istihlâk şeklindeki bütün özel haklar sâbit olduğu gibi, ivazlı veya ivazsız olarak, mülkiyetini başkasına hukukî yollarla nakil hakkı da vardır. Bütün bunlarda tasarrufta bulunan tarafından başkasının bir hakkına bir zararlı netice verecek şekilde dokunursa, bu takdirde mülk hürriyet, başkasının hakkını koruyan şekilde tasarrufta sınırlanır.

140- Memlûk Malın Alt Bölümleri:

Bu noktadan hareketle memlûkun kendisi iki neve ayrılmaktadır: **1)** Müstakil mal, yani mütemeyyez, içinde ortaklık olmayan mal, **2)** Birden çok mâlikler arasında müşterek mal. Her biri de iki kısma ayrılır: (A) Mâlik dışında birinin hakkı taalluk eden, (B) Mâlikinden başkasının hakkı taalluk etmeyen.

1) Kendisinde ortaklık olmayan ve başkasının, hakkı da bulunmayan, bilakis müstakil şekilde bir şahsın memlûkü olan malın mâlikinin, sözlü ve fiili tasarrufun her şekli ile tasarruf etmek hakkı vardır. Ancak şâyet gayr-ı menkul ise, ondaki fiilî tasarruf, Mecelle'nin 1192-1212. md. lerinde tafsilâtı bulunan komşu haklarının gerekleri ile sınırlıdır.

Bu md. lerde kabul edilmiş genel prensip şudur:

Bir yere mâlik olan, o yerin üstünde ve altında olan şeylere de mâlik olur ve sathında ve üstünde tasarruf etmeye ve derininde herhangi bir derinliğe kadar çukur kazmaya, herhangi bir yüksekliğe kadar[275] *bina yapmaya ve komşusuna büyük bir zarar vermeksizin, diğer herhangi bir tasarrufta bulunma hakkına sahiptir.*

Fahiş zarar, aslî ihtiyaçlara engel olan her şeydir, yani ev gibi binadan maksut olan menfaatler veya komşunun binasını harab eden değirmen veya haddehane kurmak gibi, binaya zarar veren, sonra da onu harap eden, ya da koku veya duman ile komşulularda oturanları rahatsız eden boyahane, dabbahane veya meyve-sebze sıkma âletlerinin çalıştığı yerler

[275] Burada belirtmek gerekir ki, şehirlerde bina inşâ etmek, bugün belediyelerin, yolların genişliği, sağlık kaideleri ve şehircilik düzeninin menfeatlerinin nazara aldığı diğer ölçülere göre, mesafe ve yükseklik şartlarına ait düzenlemelerin gerekleri ile sınırlıdır.

gibi yerlerdir. Meselâ, komşunun temellerine sızan ve onu harab edecek derecede, düzensiz şekilde bir olukta suların veya pisliklerin akması, yahut su borularına akması ve onları kirletmesi, yahut komşusunun kadınlarının oturma yerlerine doğru bakan bir pencere açmak gibi.

Bütün bunlar, insan müstakil mülkünde tasarruf etmiş olsa bile, insanın onlardan istifadesine mâni olur. (Md. 1198-1200).

2) Müşterek mal ise, ondaki her bir mâlikin tasarrufu diğer ortakların haklarına zarar vermemekle sınırlıdır.

Meselâ hiçbir ortak, müşterek malı telef edemez, onu bir şekilden bir başka şekle tahvil edemez ve onu kullanmada mutad sınırı geçemez.

Bu konuda İslâm Hukukunda, müşterek malda tasarruf bakımından her bir ortağın mâlik olduğu ve olmadığı hususlar hakkında geniş bir bahis yer alır.

Mecelle, 1069-1090. md. lerinde müşterek âyanda tasarruf keyfiyyeti hakkında özel bir fasıl ayırmıştır.

Bu hükümlerin etrafında döndüğü genel prensip, her bir ortağın hissesinde mümkün olan istifadeyi gerçekleştir-mesidir.

Maamafih, bu şekildeki mülk şirketinde, tasarruf hürriyetinin engellere uğraması ve ellerin bağlanması nazara alınarak, birçok devletlerdeki lâik hukuklar menkul dışında kalan bilhassa gayr-ı menkullerde cebren izale-i şüyu' düzenini koyma yoluna gitmişlerdir.

İzale-i şüyu' ortaklardan birinin isteği üzerine olur ve gayr-ı menkul kabili taksim ise, taksim edilir ve her ortak kendi parçasında bağımsız olur. Eğer kabil-i taksim değilse, âlenî artırma ile satılır, semeni, hisselerine göre ortaklar arasında bölüştürülür.

Suriye'de gayr-ı menkul malların taksimine dair K. gereği yapılan işlem budur.[276]

[276] Bir zamanlar (Suriye) Adalet Bakanlığı, menkul malların izale-i şüyuunu ele alarak yeni bir kanun çıkarmak düşüncesinde idi, çünkü mülk şirketinin problemleri ve engelleri, gayr-ı menkullerde daha bâriz olsa da, menkullerde de ortaya çıkıyordu. Bu gibi tedbirler ile, haklar korunur ve problemler giderilir, bu sebeple İslâm Hukuku kaideleri de bunları kabul eder. Daha sonra bu kitabın birinci baskısından sonra, 353 s. lı, Sulh Hâkimleri K. nun 3. md. sinin, menkullerdeki cebrî izale-i şüyua da şâmil olan, değişikliği çıkarıldı.

3) Ama, başkasının hakkı taalluk eden mal ise, merhun mal ve kiralanmış mal gibi, mâlikinin, mürtehinin veya kiracının haklarını ihlâl eder şekilde tasarrufa hakkı yoktur.

O halde eğer mâlik merhunu veya kiralanmış (mecur) malını satarsa, acaba satışı, mürtehin veya müstecirin icâzetine mevkuf olur mu?

Tercih edilen fıkhî görüş, icazet ve red'din, mâlikin ve vasi gibi tasarruf yetkisine sahip olanındır, yani ne mürtehinin ve ne de müstecirin, mâlikin satışını kabul (tecviz) veya red yetkisi vardır, bilakis satış nâfiz ve gayr-ı mevkuftur. Fakat mürtehin veya müstecirin hakkı, rehnin fekkinden evvel veya kira müddetinin sona ermesinden sonra ellerinden alınmasına cevaz vermemek suretiyle korunur. Ayrıca, teslimin gecikmesinden zarara uğrayan alıcının hakkı ise satımı fesh veya rehnin fekki, ya da kira müddetinin sona ermesini bekleme arasında muhayyerlik hakkı verilmek suretiyle, korunur. (Mecelle md. 590 ve 747)

141- B- Mübah Mal:

Mübah mal ise, aslında, kimsenin mülkü olmayan şeydir, kaynağındaki su, kara ve deniz avı ve meskûn olmayan (bevadi) yerlerdeki ağaçlar ve meyveler gibi diğer şeylerdir.

O halde her insan, bunlardan kudreti yetebildiğini ihraz etme hakkına sahiptir ve ondan birşey ihraz eden, ona mâlik olur (Mecelle md. 1045 ve 1259).

Malların bu kısmı, lâik hukukta hayalî mallar" **biens acants"** olarak adlandırılıyor.

Onuncu alt bölümde açıklanması gelecek âmme malları hakkındaki bahisde, bu konu hakkında bilgi vereceğiz.

142- (C)- Mahcur Mal:

Mahcur mal ise, ya vakıf malı olduğu için, ya da âmme menfaatine tahsis edilmiş olmaları sebebiyle, temlik ve temellüküne hukuken mâni olunan maldır, genel yollar, mescitler, mezarlıklar ve diğer vakıf malları gibi. Âmme malları hakkındaki 10. alt bölümde bu konunun açıklaması gelecek.

Sekizinci Altbölüm
TAKSİMİ KABİL OLAN VE OLMAYAN MALLAR

Taksimi kabil olma ve olmamanın manası - İslâm Hukukundaki neticeleri.

143- Sekizinci olarak, mal: *Taksimi kabil mal ve taksimi kabil olmayan* mal diye ikiye ayrılır.

Taksimi kabil olmanın manası, parçalara ayrılmasında ve kısımlara bölünmesinde zarar olmamaktır.

Bunun hükmü, taksimden önce asla ait olan menfaat, nevinin taksimden sonra onun her parçasında (kısmında) sâbit olmasıdır.

Meselâ bir mikdar buğday, arpa, sıvı veya katı yağ v. b. hepsi, taksim edilen, asla nisbeten, menfaatde ve kıymette parçaları eşit olacak şekilde taksimi kabul ederler.

Ama meselâ bardak, iskemle ve inci'den herbirinin taksimi kabil değildir, çünkü eğer taksim edilirse menfaatleri yok olur. Dikilmiş elbise keza taksimi kaabil değildir. Ama bir parça dokuma, aslın kıymeti ile müntenasip olacak şekilde kısımlarının kıymeti istenilen derecede kalacak kadar büyükse, meselâ bir parça çuha veya pamuklu kumaş, parçalara ayırılmak istense, herbir parçası elbise olmaya yeterlidir ve bu sebepledir ki kabil-i taksimdir, aksi halde değildir. Bir kitabın bir nüshası kabil-i taksim değildir.

Ama ev, hanlar ve dükkânlar ise, her bir parçası aslın istifadesi gibi, ondan istifade edilecek şekilde taksimi mümkün olursa, meselâ ikiye bölünmek istenen büyük bir ev, iki dükkâna bölünmek istenen bir dükkân gibi, kabil-i taksimdir. Fakat, bir ev ki, bölündüğü takdirde ondan iki ev çıkarmak mümkün olmaz, fakat kısımlarının ev dışında bir başka menfaate tahavvülü mümkün olursa, meselâ ondan dükkânlar yapmak gibi, taksim ile menfaatlerinin aslı değiştiği için, taksimi gayr-ı kabildir.

İçinde aslî menfaatlerine vakfedilmiş ve parçalanmayı kabul etmeyen eşya bulunan gayr-ı menkuller, değirmen ve hamam gibi, gayr-ı kabil-i taksimdir. (Md. 1131, 1139, 1142)

144- Taksim Edilebilirlik ve Edilemezliğin Neticeleri:

Taksimi kabil mal ve taksimi kabil olmayan mal arasındaki bu ayırımın, medenî hukuk hükümleri sahasında birçok neticeleri vardır:

1) Kabil-i taksim mal, eğer müşterek ise, ortaklardan birinin isteği üzerine, tümünü kazaî ayırma şeklindeki taksim[277] ortaklar hakkında cebren cereyan eder. Şâyet mal aynı cinsten iste, bir bölüm iskemle veya bir mikdar tahıl gibi, kazaî kısmet-i cem' de cereyan eder.

Kabil-i taksim olmayan mal ise, onda kazaî taksim cereyan etmez, bilakis sadece rızaî taksim cereyan eder.[278] (Md. 1132 ve 1141)[279]

2) Bağışlama (hibe) akdi, aynın şâyi bir hissesi üzerinde cereyan ederse, meselâ, mâlik yarısını veya dörtte birini bağışlarsa, eğer ayn kabil-i taksim değilse, sahih olur, kabil-i taksim ise, sahih olmaz, bilakis bu tak-

---

[277] Arapça aslında kısmetü'l-tefrik tabiri kullanılmıştır. Müellifin bu noktadaki açıklaması şöyledir: "Kismet-i tefrik: Ortak bir tek aynı, parçalara taksim etmektir. Kısmet-i cem' ise, her ortağa bir tam parça veya parçalar tahsis edilecek şekilde müteaddid âyanı parçalara taksim etmektir." (Bkz.: M. 1115).

Mecellenin 1115. maddesi metni aşağıdadır (Çevirenin notu):

– "Kısmet iki vechile olur; Şöyle ki ya a'yan-ı müştereke yani müteaddid ve müşterek şeyler kısımlara bölünerek her ferdinde şayi' olan hisseler birer kısmında cem edilmiş olur. Üç kişi beyninde müşterek olan otuz koyunu onar onar üçe taksim gibi. Buna kısmet-i cem' denilir. Yahud bir ayn-ı müşterek taksim olunup her cüz'ünde şayi olan hisseler birer kısmında teayyün eder. Bir arsanın ikiye taksimi gibi. Buna kısmet-i tefrik ve kısmet-i ferd denilir."

[278] Şunu da belirtelim ki, gayr-ı menkuller bakımından olan M. deki bu hüküm, her halükârda ortaklardan birinin talebi ile izale-i şüyuu emreden gayr-ı menkul malların taksimi K. ile değiştirilmiştir: Eğer gayr-ı menkul kabil-i taksim ise, hâkim onu taksim eder, kabil değilse, açık artırma ile satılır ve yukarıda işaret edildiği gibi (Bkz.: c. 1/f. 139, ikincisi ve c. 1/f. 116), satış bedeli (semen) ortaklar arasında taksim edilir.

[279] Mecellenin ilgili iki maddesinin metni şöyledir (Çevirenin notu):

"*Madde 1132*- "Müttehid-ül cins olan a'yan-ı müşterekede kısmet-i kaza câri olur:

Yani müşariklerden yalnız bazısının talebi üzerine hâkim anları hükmen taksim eyler. Gerek misliyyatdan olsun ve gerek kıyemiyatdan olsun."

Madde-1141- "Tefrik ve teb'izi sahiblerinden her birine muzır olan bir ayn-ı müşterekde kısmet-i kaza câri olmaz.

Meselâ, bir değirmen taksim olunsa artık değirmen olarak istimal olunamaz, bu cihetle menfeat-i maksude fevt olur. Binaenalyh müşariklerden yalnız birinin talebi üzerine hâkim anı taksim edemez. Amma bitterazi taksim olunur. Hamam ve kuyu ve kanât ve küçük oda ve iki hane arasındaki hait dahi böyledir. Bir hayvan ile bir araba ve bir eğer ve bir cübbe ve bir yüzük taşı gibi yarmaya ve kırmaya muhtaç olan urûz dahi bu kabildendir ki hiçbirinde, kısmet-i kaza câri olmaz.

dirde evvelâ ayn taksim edilmek, daha sonra istenilen parça müfrez ve mütemeyyez olarak bağışlanmalıdır. (Md. 858 ve ed-Dürr, Hibe Kitabı).

Bu konudaki teorik gerekçeyi, isimli akitlerden bağışlama akdi hakkındaki açıklamamızda, ilgili yerinde göreceksiniz.

3) Müşterek gayr-ı menkul zaruri masraflara muhtaç olur da, ortaklardan biri masraf yapmaktan imtina ederse, diğer ortak, ortağının ve hâkimin izni olmaksızın masrafı yapar. Eğer gayr-ı menkul taksimi kabil ise, ortak, yaptığı masrafda teberrü yapan olarak kabul edilir ve diğer ortağına bir talebi ile rücu' hakkı yoktur; yok eğer taksimi kabil değilse, masrafı yapan, gayrı menkulde yaptığı masrafdan takdir edilen kıymetin hissesine düşen kadarı ile ortağına rücu hakkı vardır.[280] (Md. 1313).

Dokuzuncu Altbölüm
ASILLAR VE SEMERELER

Asıl ve Semerenin manası - Aralarındaki ayırımın faydası.

145- Mal, dokuzuncu olarak ikiye ayrılır: **Asıl** ve **Semere**.

Malların asılları, kendisinden bir başka malın çıkması (doğması) mümkün olan şeydir, evler, arazi ve hayvanlar gibi.

Semere ise, bir başka maldan ortaya çıkan şeydir ve asıl mallardan elde edilen gelirlerdir, gayr-ı menkullerin kira bedeli, ağaçların meyveleri, hayvanların yünü, sütü v. b. gibi ürettikleridir.

Bu konuda belirtilmesi gereken nokta, asıl olarak kabul edilen şeyde semerenin bilfiil olması şart olmayıp, onun başkasının semeresi olmaması yeterlidir, evlerin mefruşâtı ve gelir elde etmek için hazırlanmış diğer mallar gibi. Aynı şekilde yine belirtilmesi gerekir ki, bir asıldan ayrılan her şey semere sayılmaz, binanın enkazı, ağacın odunu gibi, çünkü bunlar aslın eksikliğinden ortaya çıkar ve bu sebeple aslın sıfatı ve hükmünü muhafaza ederler.

---

[280] Burada, Medenî K. nun 786. md. si ile, 3339 s. lı Gayr-ı Menkul Mülkiyeti K. nun 22. md. sini zikretmek gerekir. Her ikisi de, müşterek gayr-ı menkule masraf yapan ortağın, ortağına rücu' etmede, zaruri idare ve tamir masrafları ile devletin yüklediği masraflarından (tekâlif-i emiriyye) kendi hissesine düşen miktarı isbat hakkını gerekli görmüş ve taksimi kabul eden ve etmeyen ile, hâkimin izni ile ve izni olmadan hareket etme arasındaki tâfsilata temas etmemiştir.

Modern hukuk âlimlerinin malların aslı ve semeresi arasındaki ayırımı ve her birinin tarifi hakkında belirttikleri esaslar işte bunlardır (Bkz.: Prof. Muhammed Kâmil el-Mersi ve diğer kaynaklar.).

İslâm hukukçularımız malların asılları ve semereleri arasında satım, gasb ve vakıf gibi çeşitli münasebetlerle ayırım yapmışlardır ve semereyi bazen **"galle",** bazen **"harac"** olarak adlandırıyorlar ki, aşağıda geleceği gibi hadis-i şerif'de de bu şekilde adlandırılmıştır.

Onlara göre haraç, başka bir şeyden çıkan her şeydir ve ağacın meyvesi, hayvanın yavrusu ve kiralanan şeyin ücreti gibi, doğurmayan şeyler ve keza eşyanın menfaatlerine de şâmildir (İbn-i Nüceym, el-Eşbah, 1. fen, 10. kaide).

Burada belirtelim ki, İslâm hukukçularımız haraç ve semerenin tarifi ile ilgilenmişler ama, sözlerinden zımnen anlaşılsa bile, malların asıllarına ait sarih bir tarif onlardan gelmemiştir. Bu sebeple lâik hukukun tarifinden yardım istedik. Bu tarif, İslâm Hukuku görüşüne ve İslâm hukukçularımızın malların bu iki nevinin herbiri için tesbit ettikleri hükümlere uygundur.

Bazıları şöyle diyor: "Semere, asıldan periodik olarak doğan (ortaya çıkan) ve asılda telef ve noksana sebebiyet vermeyen şeydir, kira bedeli ve arazinin mahsulü gibi."

146- Asıllar ve Semereler Arasındaki Ayırımın Faidesi:

Şüphe yok ki bu ayırımın, İslâm Hukuku'nun bazı hükümlerinde büyük bir neticesi vardır, çünkü bir ve aynı konuda, hükmün asıl ve semere olarak taalluk ettiği malın özelliğine göre hüküm farklı olmaktadır:

1) Meselâ vakıf malının aslı mahcur'dur, yani vakıftan hak sahibi olanlar aleyhine birşey, bu maldan alınıp verilemez, fakat semeresi onlar lehine memlûktur ve onlara dağıtılır. Bu sebeple mevkuf malın değiştirilmesi ile onun ücreti (kira bedeli) arasındaki hüküm konusunda ayırım gereklidir.

Yani değiştirme bedeli, değiştirilen vakıf gayr-ı menkulünün semenidir ve aslın karşılığıdır (tazminatıdır), bu sebeple, gelirin masraflarına sarfedilmez, bilakis bu para ile, değiştirilen vakıf malının yerini alacak bir gayr-ı menkul alınması gerekir; ücret ise, dağıtılan bir gelir (galle) dir.

Keza, tamir veya yıkıntıdan çıkan vakıf malın enkazı, meyveli vakıf ağaçlarının odunu, gelirin masraflarına sarfedilmez, belki vakıf malın aynına sarfedilir veya onun tâmirine (tâmir masraflarına) ilâve edilir.

2) Mevkuf mal dışındaki diğer âmme emlâki, toplumun menfaatlerine tahsis edilmiştir, 10. alt bölümde bahsi gelecek olan, yollar, büyük nehirler, genel parklar v. b. mallar gibi, rakabesi ferdî mülkiyeti kabul etmese bile, eğer semeresi varsa, semeresinin temliki mümkündür, çünkü temlik kabiliyeti bakımından semeresi, özel mallar hükmündedir. Hatta mescit (câmi) içinde meyveli bir ağaç bulunsa, meyvesini satmak ve semenini vakıf geliri masraflarına sarfetmek câizdir.

3) Mülkiyeti sona ermiş olsa dahi, gelle ve diğer semerelere, aslın mâliki, yani onlar kendi mesuliyetine dahil olan –yani aslın onun hesabından helâk olduğu– kimse sahip olur. Bu sona erme, semereler bakımından geriye tesiri (yürümesi) olmayan sona ermedir.

Yani bir ev veya bir dükkân satın alan ve onu kiraya veren, sonra ondaki bir ayıba muttali olup, onu iade eden kimse kira bedeline sahip olur, satıcıya onu tazmin etmez, çünkü asıl onun mülkünde idi ve kendi mesuliyeti altında idi:

Bu konudaki İslâm Hukuku teorisi Hz. Peygamber'in (aleyhissalatu vesselâm) şu sözüne dayanır:

"Haraç tazminat ile birliktedir." veya **"Haraç tazminat karşılığındadır."**

İkinci ciltte açıklandığı gibi (Bkz. M. 85 ve c. 2, f. 649), İslâm hukukçuları bundan, genel bir hukuk kaidesi[281] çıkarmışlardır.

Bunun gibi, bir insan diğer birine, meselâ bir hayvan gibi birşey bağışlasa, hayvan, bağışlanan kimsenin elinde doğursa veya onu kiraya verse ve kira bedelini alsa, daha sonra bağışlayan bağışından geri dönse, yavru veya kira bedeli olmaksızın sadece, aslını geri alır. (M. 819).

4) konusu menfaatin temliki olan akitlerde ve tasarruflarda, menfaatin mâliki semereye hak sahibidir. Bu durumda bir evin kirasında, onun içindeki ağacın meyvesi kiracının hakkıdır. Evin menfaatinin vasiyetinde de aynı hüküm söz konusudur.

---

[281] Müellifin işaret ettiği M. nin 85. md. sindeki genel hukuk kaidesi şöyledir:
"Bir şeyin nef'i zamanı mukabelesindedir. Yani bir şey telef olduğu takdirde hasarı kime ait ise anın zamânında demek olup ol kimsenin bu veçhile zamanı ol şey ile intifa mukaabil olur." (Çevirenin notu).

Onuncu Altbölüm
ÖZEL MALLAR - ÂMME MALLARI

Özel ve âmme malının tarifi ve nevileri - Üç ortak mübah mal - Özel ve genel nehirler - Özel malın âmme malına ve aksi, inkılab etmesi - Tahsis edildikleri gayelere göre âmme mallarının taksimi - Özel ve âmme malı arasındaki ayırımın neticeleri.

147- Mal, onuncu bakımdan mal ile alaka sahibi nazara alınarak ikiye ayrılır: **Özel mallar ve Âmme malları**.

1) Özel mallar: Ferdî mülkiyete dahil olmuş ve böylece bütün şeylerden mahcur[282] maldır, yani insanlar arasında mûşâ değildir ve ne çıplak mülkiyet ve ne de menfaat olarak onlara mübahtır.

2) **Âmme malları**: Ferdî mülkiyete dahil olmamış mallardır, yani âmmenin menfaat ve maslahatı lehinedir.

148- Bunların izahı şöyledir: Eşya, ya tabiatı icabı hiyaza (mülk edinmeye) kabil olur, yani bir kimse onu ihraz ederek servetine dahil edebilir, ya da bu mümkün değildir.

a- Tabiatı icabı mülk edinmeye kabil olmayanlar, hava ve denizler gibi şeylerdir.

Bu gruptakiler, mutlak olarak mülkiyete girmezler, asla onlar üzerine akit yapılmaz, bu sebeple bunlar üzerinde durmayacağız.

b- Mülk edinmeye kabil olanlar, sair menkul mallar gibi mallardır.

Mülk edinmeye uygun olan bu mallar iki kısımdır: Ya fiilen ferdî emlâke dahil olurlar, ya da olmazlar.

Onların ikinci kısmı, yani ferdî mülkiyete girmeyenler iki nevidir:

Birinci nevi- Ferdî temellüke kabil olanlar, fakat mülkiyet sebeplerinden biri üzerinde vukubulmamıştır ve ihrazı câiz olmakla beraber, bir el ihraz için ona uzanmamıştır, uzansa bile onu temellük etmemiştir. Meselâ, av hayvanı, ormanların odunu, açık kimsesiz yerler (mevat arazisi).

İkinci nevi- Ferdî temellüke kabil olmayan mallardır, çünkü bunlar

---

[282] Mülkün tarifinde gördük ki, mülk "Mâni olucu bir yetki (ihtisas) dır." yani mâlikden başkasını, memlûk olan şeyinde tasarruf, intifa veya müdaheleden men' eder. (Bkz.: f. 17/Hâşiye).

hukuken, mensuplarının bütününün maslahatı lehine toplumun tesisleridir, bu sebeple üzerlerinde fertlerin işgali câiz değildir, büyük nehirler, yer altındaki akar sular (Bugün: **Boşluk suları** diye adlandırılıyor), genel yollar, köprüler, ilâh...

Bu kısmı, –yani iki nevi ile ferdi mülkiyete dâhil olmayanları– İslâm hukukçuları **mübahât** diye isimlendiriyorlar. (M. 1234-1238).

Yani İslâm Hukuku ıstılahında mübah iki nev'e şâmildir: **1)** Ayn'ının ihrazı ve temellükü mübah kılınan (serbest bırakılan), **2)** Mülkiyeti dışındaki menfaatleri mübah kılınanlar.

Birincisi- Hukukî şartları ile mücerret fiilî ihraz ile ferdî mülkiyete giren ve ihraz edenin özel mülkü haline gelir.

İkincisi- Tabiatının gayri kabil olmaması sebebiyle değil, cemaatin menfaatlerinin ona taalluku sebebiyle, hukukun hükmü gereği, özel mülkiyete girmez.

Hukukî ifadelerin ve metinlerin delillerine göre bu iki nevi arasındaki fıkhî ayırımda asıl şudur:

– Cemaatin ihtiyacı, bir şeyin aynına ise, yollar, köprüler, mâbedler, ilâh... onun aynı muhafaza edilir, menfaati satılır.

– Ama eğer cemaatin ihtiyacı aynına değil, o şeyin nevine ise, av hayvanı, taş ocaklarından sökülmüş taş, açık yerler ve ormanların ağaçları gibi, aynı ile birlikte nevi muhafaza edilmek suretiyle aynı mübah kılınır.

İslâm Hukuku naslarının gereği şöyle söylemek isabetli olur:

"*Asıl kaide, bütün eşyaların aslında ferdî mülke kabil olduğudur, ancak ya tabiatı icabı, hava ve denizler gibi, ya da hukukun hükmü gereği, toplumun istifadesine ait yollar, köprüler, mer'a v. b. gibi, mülk edinme imkânından hariç kalırlar.*"

149- Üç Ortak Mübah Mal:

Diğer taraftan, sahih hadis-i şerif hükmü ile genel mübahlardan üç şey bütün insanlar arasında hukuken müşterek kabul edilmiştir. Bunlar: **Su, bitki ve ateş'tir**.[283]

[283] Hadisin metni şöyledir: "Müslümanlar üç şeyde ortaktırlar: Su, bitki ve ateş." (Ahmed İbn-i

150- Su:

Su üzerindeki genel ortaklığın manası, memlûk bir arazi içinde de olsa, su, ister yer altındaki kaynağında, isterse yollarında olsun, bir kimsenin mülkü sayılmaz, bilakis herkesin ondan istifade hakkı vardır. Bu hakka "**Hakk-ı Şuf'a**" denilir. Bu istifade, ondan ağzı ile içmek, hayvanlarını –arazisini değil– sulamak, yıkanmak v. b. dir. Su sahibinin, o kimseye, bu gayeler için ona kâfi gelecek miktarda suyu çıkarma imkânını sağlaması veya bizzat kendisinin çıkarması gerekir ve yakında o sudan başka su yoksa, ona bu konuda mâni olamaz.

Fakat çıkardığı bu sudan bir kısmını ihraz ederse, ihraz ettiğinin özel mâliki olur, çünkü ihraz mülkiyet sebeplerinden biridir. *(Md. 1248).* Keza kuyuda toplanıp da kaynamayan veya bir havuzda toplanmış su, toplayanın mahcur mülkü sayılır.

Ama eğer su memlûk bir arazinin pınarından çıkıp arazi üzerinde akan su ise, bu pınarın çıktığı arazinin sahibinindir, fakat herkesin bu suda, yukarıda belirtilen, şuf'a hakkı vardır (sâbit olur).

151- Nehirler İse İki Kısma Ayrılır: Özel ve Genel

A) Özel nehirler, suları kollara ayrılan ve tükeninceye kadar muayyen şahısların arazilerinde kullanılan ve artık kendisinde kullanılmak üzere bir genel yere, açık bir yer ve deniz gibi, giden suyu kalmayan sulardır.

Bu nehirler, akan kaynak hükmündedirler ve suları ondan kullanan arazilerin mülküdür, ancak bu nehirlerde herkesin şuf'a hakkı vardır.

B) Genel nehirler ise, Dicle, Fırat ve Nil gibi, içinde gemilerin işlediği büyük nehirlerdir. Keza içinde gemilerin işlemediği, bir özel arazinin istifade ettiği, fakat suyu bitmeyen, bilakis ondan bir mikdar su artıp da genel bir yere dökülen nehirlerdir.

İşte bu genel nehirler, hukuken insanlardan birinin mülküne dâhil

---

Hanbel rivayet etmiştir).

Bitki: Ot ve çimenlerdir.

İbn-i Âbidin, *Reddü'l-Muhtar*'da bu hadisin tefsiri için şöyle demiştir:

"Yani, mülk şirketi değil, ibaha şirketidir. Herkim bunlardan bir şeyi ilk önce el koyarak kullanılır hale getirir veya ihraz ederse, o ona öncelikle hak sahibi olur ve o şey başkasının değil, onun mülkü olur." (Bkz.: *Reddü'l-Muhtar*, *Fasl-ı Şürb*, 4/283).

olmazlar ve her insanın bu sularda –şuf'a hakkına ilâve olarak– hakk-ı şirb'i[284] vardır, yani ziraî sulamak hakkı da vardır ve o, nehire kanallar açmak suretiyle arazisini ondan sular ve, hangi vesile ile olursa olsun, bahçe sulama dolabı, su biriktirme setleri ve kuyu yapmak hakkı vardır.

Keza, insanlara zarar vermediği takdirde dönme su dolapları inşâ etmek hakkı da vardır, çünkü mübah şeylerden istifade ancak bir kimseye zarar vermiyorsa câizdir. *(Bkz.: ed-Dürr, Şirb faslı)*.[285]

Bu genel nehirlerin suyundan bir mikdarı mekasim'e, –yani memlûk olan su yollarına– kanallar yoluyla v. b. girerse, artık bu mekasimlerin sahiplerinin mülkü olur, artık başka birinin, şuf'a hakkı dışında bir hakkı olmaz.

152- Bitki (Kelâ):

Bitki'den maksad, arazi üzerinde mutlak olarak kendiliğinden biten yeşilliktir, bu arazi ister memlûk olsun, ister olmasın (Md. 1234).

Eğer memlûk arazide, sahibinin bir fiili ve sulaması ile bitmişse, başkalarından mahcur olarak, o kimsenin özel mülkü olur.

Kendiliğinden biten bitki, hukuken, genel mübah mallardan sayılır ve sınırları belirlenmemiş arazisinde mevcut olduğu müddetçe, kaynağındaki su gibi kabul edilir, arazi sahibi onu mülk edinemez, bilakis herkes hayvanını ondan otlatabilir. Bu takdirde arazi sahibi o kimseye otlatma imkânı sağlamakla mükelleftir. Fakat onun yakınında yeterince istifade edeceği mübah bir bitki olmasa da, otlatmak için arazisine girmesine ve şahsı için ot almasına, gerektiğinde engel olma hakkı vardır.[286] (Md. 1257 ve ed-Dürr, şürb faslı).

---

[284] Şirb, sudan muayyen bir hissedir ve tarla ve hayvanları sulamak için bir istifade nöbetidir. (Bkz. *el-Misbah*, *ed-Dürr*, 5, şirb faslı). Şürb ise, ağızla suyu kullanmaktır.

[285] Burada belirtelim ki, manda (protectorat) döneminde fransız yüksek komiserinden sâdır olan 144 s. lı karar, Suriye'deki bütün nehirler ve akarsuları özel ve genel nehir ayırımı yapmaksızın, devletin mülkü haline getirmeyi gerektirmektedir. Ancak arazi sahiplerinin suya boru döşemek hakları vardır. Bu düzenlemede hedef, genel su kullanmasını ıslah etmek, kullanmayı özel bir düzene tâbi kılmak ve istikbalde iktisadî bir taksimatı temin etmektir.

[286] Medenî K. nun 768-770. md. leri ile, ondan önce yürürlükte olan, 3339 s. li eski Gayr-ı Menkul Mülkiyeti Tüzüğü'nün 12. ve 13. md. leri, gayrı menkulün ürettiği bütün şeylerde sahibinin hakkı olduğu ve ister tabii, isterse sun'i olsun, ona bağlı ve bitişik olan şeyden ortaya çıkan şeyleri mülkiyetin semerelerinden kabul etmiştir.

Arazi mülkiyeti, arazinin üstündekilere ve altındakilere şâmildir.

Buna dayanarak, arazisinde kendiliğinden çıkan bitkileri, bu konuda Mecelle'nin hükmünün

153- Ateş:

Ateş'ten maksat, insanın açık arazide yaktığı şeydir. Bu ateşin maddeleri onun özel mülküdür. Ancak o ateşte başkasının, ateş almak, ısınmak ve aydınlanmak hakkı vardır, ondan bir kor almaksızın ihtiyacını görebilir, çünkü kor, ateşin sahibinin memlûk şeyine benzer bir parçadır (Md. 1261).

154- Özel Malın Genel Mala İnkılab Etmesi ve Aksi:

a- Özel mal genel mala inkılab edebilir. Bu ise:

1) Ya mâlikinin iradesi ve tahsisi ile olur, mevkuf mescitler ve mezarlıklar gibi; bunlar vakf'dan önce sahiplerinin özel malıdır, vakıf ile herkesin menfaati lehine inkılab eder.

2) Ama hukukun gerektirmesi ise, kamu menfaati için cebrî istimlâkta olduğu gibi, meselâ yol veya hastahane, ya da bir başka toplum menfaati haline getirmek için hükümetin bir araziyi istimlâk etmesi v. b. halde sözkonusu olur.

b- Genel mal da özel mala inkılab edebilir, meselâ bir vakıf veya devlet emlâkinden bir hastahanenin özel bir mal ile değiştirilmesi halinde olduğu gibi. Çünkü onu alanın mülkü haline gelir ve bedeli onun vakıftaki veya devlet hazinesindeki yerini alır. Ve yine birazdan göreceğimiz gibi, yol yapımından vazgeçilse, hükümetin onu satmak hakkı vardır, böylece o mal özel bir mülk haline gelir.

155- Genel (Âmme) Malların Taksimi ve Âmme Mallarındaki Genellik Görüşü:

Buradan hareketle genel mallar tahsis edildikleri cihet bakımından üç kısma ayrılarlar:

Birincisi- Zâtı âmme menfaatine tahsis edilmiş ve menfaatleri dinî ve hayrî olan mallar gibi. Meselâ, mescitler, mezarlıklar, yollar, köprüler, geçitler, hastahaneler, parklar, okullar ve diğer kamu müesseseleri gibi. Keza –meskûn bölgeye yakınlığı sebebiyle– metrûk arazi, mer'a, harman yerleri ve baltalıklar gibi (Md. 1271).

---

aksine olarak, bir fiil ile çıkarılan bitki gibi, memlûk arazinin sahibinin, bu bitkilere de sahip olduğu şeklinde bir gerekçe olarak kabul edilebilir. (Bkz. M. md. 1240-1244-Çeviren.)

İkincisi: Geliri ve ürünleri ile âmmeye faydalı olan tarafını ihya için, gelir teminine tahsis edilmiş olanlar. Bunlar vakıf mallarının gelir getiren malları ile, bugün "devlet emlâki" diye isimlendirilen gruba giren devlet hazinesinin gelir getiren mallarıdır.

Üçüncüsü: Âmme malı olması, âmme menfaati ve zâtına olan ihtiyaç sebebiyle değil, belki, zâtı tedavül ve temlike hazır olmakla beraber, bir âmme kuruluşunun mülkü halinde olması sebebiyledir. Meselâ, vakfedildikleri hayır cihetlerine ait olan vakıfların gelirleri ile, çeşitli bölümleri ile, devlet hazinesinin gelirleri ve ölü araziler gibi.

A) İlk iki kısmın çıplak mülkiyeti (rakabesi) tedavülden mahcurdur ve temlik akitlerinin konusu olmazlar, çünkü özel ferdî mülkiyete girmezler.

Ancak bu iki kısımdaki mallardan, hukukun gerektirdiği hallerde, âmme olma özelliğinin ayrılması mümkündür ve bu konuda takdir ve karar devlet idarecilerine aittir, bu takdirde özel mallara inkılab etmeleri mümkündür.

Meselâ genel yol tahvil edilirse, yani aslî konumundan (fonksiyonundan) vaz geçilirse, durum böyledir. Yani devlet hazinesi namına satılır ve özel mülk haline gelir.

Keza, hukukî şartlarına uygun olarak vakıf gayr-ı menkulünün değiştirilmesini zaruret gerekli kılarsa, hâkimin takdir ve kararı ile vakfa daha faydalı olan bir şeyle değiştirilir. Böylece vakıf malı (mevkuf) alıcısının özel mülkü olur ve onun bedeli, onun vakıftaki yerini alır.

Maamafih İslâm hukukçuları mescidi istisnâ tutmuşlar ve onda ebedilik sıfatını kabul etmişlerdir, yani Hanefîlere göre, ona ihtiyaç kalmasa bile, onun mescitlik özelliği tecrit edilemez (giderilemez). (Bkz.: ed-Dürr, Vakıf kitabı, 3/371).

B) Ama üçüncü kısım –ki hayır vakıflarının geliri ile devlet hazinesinin gelirleri ve ölü arazilerdir– bunlarda, gayeleri gereği, hukuken tedâvül cereyan eder.

Ve, devlet hazinesi ile devletin alt kuruluşlarının ve vakıflarının elindeki mallar, sahiblerinin elindeki özel mallar gibi kabul edilir, onlarla haklar, ücretler, maaşlar ve diğer mükellefiyetler ifâ edilir, yahut meşrû yollarla hak sahiplerine ödenir ve hukukî hak sahibi olarak kendine bu

maldan birşey ödenen, ona mâlik olur, çünkü o mal, aslında hukukî yollarla temlik için tahsis edilmiştir.

Bu esastan hareketle, sultanın (devlet idaresinin) izni ile bir ölü araziyi ihya eden, ona mâlik olur (Md. 1272).

Bu konudaki İslâm Hukuku'nun hukukî bakış açısı, âmme menfaatinin o malın, mâliyetine ve kıymetine taalluk ettiğidir, yoksa zâtî menfaatleri ve gelirinin devamlılığı için (sebebiyle) onun aynına ve bekasına değil.

İslâm Hukuku açısından âmme malları fikrinin mümkün mertebe kısa bir özeti işte budur.

(Bu taksimi sarahati veya delaleti ile teyid eden açıklamalara, Reddü'l-Muhtar, *el-Bedâi*, *el-Hidâye* ve diğerleri gibi belli başlı İslâm Hukuku kitaplarındaki vakıf, ölü araziyi ihya, şirb, av kitapları ve fasılları ile, cihad, öşür ve haraç, beytülmalın masraflarının yan bölümlerindeki bazı açıklamalara bkz. Keza M. nin 1213-1218, 1234-1308, md. lerine bkz).

156- Özel ve Genel Mal Arasındaki Ayırımın Hukukî Neticeleri:

Özel ve âmme malı arasındaki bu ayırımın, medenî hukuk hükümlerinde önemli neticeleri ve semereleri vardır, bazıları temelli, bazısı ise şeklîdir. Bir kısmına bu bahsin yukarıdaki münasebetlerinde işaret ettik. Önemlilerini ise aşağıda kısaca özetliyoruz:

1) Yukarıdaki bahiste geçtiği gibi, tedâvül kabiliyeti ve temlik akitleri bakımından:

Özel mallar tedâvülü ve temlik akitlerini kabul eder, âmme malları ise bunu kabul etmez.

2) Vakıf malının menfaatlerinin kıymeti, gaasıb onu gasbetse, sonra iade etse, yukarıda açıklandığı gibi (Bkz.: f/136), gasbedilmiş malın menfaatlerinin mazmun olmadığı yolundaki hanefî hukuku teorisinin aslına istisna olarak, tazmin edilir.

3) Âmme malı –sultan veya devletin alt kademelerindeki onun temsilcileri de olsa– hiç kimsenin, bu mala tecavüzüne, müsamahaya veya onunla bu mal üzerinde sulh olmaya veya itlaf, gasb veya diğer bir sebeple tazminatla mükellef olanı ibrâ etmeye hakkı yoktur. Bu durum, sulh, ibra

veya hibe ilâh... şeklinde harekette müsamaha hakkı sahibine ait olan özel mal hükmünün aksinedir.

4) Genel nehirlerden şirb hakkında arazi sahiplerinin iştiraki, arazilerindeki haklarında onları ortak yapmaz, yani bu sebeple o nehirlerde lehlerine şûfa hakkı sâbit olmaz.

Ama özel memlûk kuyulardan birinde şirb hissesinde iştiraki, gayr-ı menkul haklarında halita (ortaklık) sebeplerinden kabul edilir ve onda şuf'a[287] hakkı sâbit olur. (Md. 1008).

5) Kazaî haczi,[288] âmme emlâki devlet emlâki gibi, kabul etmez, yani borcu istihsal gayesiyle bu malların haczi câiz değildir, özel malların haczi ise câizdir.

6) Mürur-u zaman hükmünün sirayeti konusunda.[289]

İslâm hukukuna göre, mürur-u zaman özel haklarda cereyan eder ve normal müddeti 15 senedir. Sahibi tarafından mal iddiası ileri sürülmeksizin bu müddet muteber bir şekilde geçerse, daha sonra onun iddiası dinlenilmez.

Âmme mallarındaki mürur-u zamanın hükmümün müddeti konusunda ise şu tafsilât verilebilir:

a- Âmme mallarının bir kısmında asla mürur-u zaman hakkı sözkonusu olmaz. Yani bir kimse onlardan bir şeyi işgal etse, onun aslına iade yolundaki taleb her zaman dinlenilir. Bu hüküm, genel yollar, nehir ve mer'a gibi zâtı ile umumun menfaatine tahsis edilen her şeyde sözkonusudur. (Md. /1675)

---

[287] Kitabın Arapça aslında "*şufe hakkı*" şeklinde yazılmıştır, ama doğrusu "şuf'a hakkı" olup, bu bir matbaa hatasıdır. Nitekim atıf yapılan M. nin ilgili md. si (md. 1008) de şuf'a hakkından bahsetmektedir (Çeviren).

[288] Bugünkü modern hukuk ıstılahındaki hacz'i, İslâm hukukçuları hacr olarak adlandırıyorlar ve hacri iki kısma ayırıyorlar: şahsın hacri (bu, onun ehliyetini selbetmek veya ehliyetine yargı kararı ile sınır koymaktır. Bu, modern hukuk ıstılahı ile aynı manadadır) ve mal hacri: Malın sahibinin, borçları ifa için satımına hazırlık olmak üzere, yetkisini kazâi olarak almaktır. (Md. 998 ve 999). Bu, modern hukukta hacz olarak adlandırılıyor. Bu tabir, iki nevi arasını isimde ayırmada, daha üstün bir ıstılahdır. Bugün bu konunun (modern hukuktaki) hukukî düzeni, İslâm Hukukuna aykırı olmayıp, bilakis mesalih-i mürsele (âmme menfeati) kaidelerine uygundur, çünkü hakların ifasını düzenlemek gayesiyle konulmuş bir istislâhî (kamu yararı) hükümdür.

[289] İslâm Hukukuna Genel Giriş kitabında, istislâh bahsinde demiştik ki, mürur-u zaman hükmü, genel olarak, İslâm Hukukunda, esas düşüncesinde ve müddetinde, mesalih-i mürsele kaidesi üzerine kurulmuştur. (Bkz.: *İslâm Hukukuna Genel Giriş*, f. 29/2).

Bu konudaki İslâm Hukuku'nun görüşü şudur: Mürur-u zaman cereyanı, yolculuk, küçüklük ve cinnet gibi, mâzeret haline mütevakkıftır. Ve bütün insanlar aslında bu eşyalarda hak sahibidirler ve hepsi de mürurı zamanın işlemesine mâni olucu mazeret sahiplerinden sayılmazlar.

b- Bir kısmında ise, mürur-u zaman işler, fakat müddeti, özel mallardaki normal mürurı zaman müddetinden kısadır.

Meselâ menkul ve gayr-ı menkul vakıf malların çıplak mülkiyeti ve memlûk ve mevkuf diğer bazı gayr-ı menkuller üzerinde vakıflar lehine mevcut aynî haklar ile, Beytü'l-Mal'ın mallarında davanın dinlenilmesine mâni olucu mürur-u zaman 36 senedir, ancak mirî arazilerde mürur-u zaman 10 senedir. (Md. /1662).

Maamafih Medenî K. (ve ondan önce eski Gayrımenkul K.) ve Gayrımenkul Sicilinin tesbit, yazma ve inşasına ait kararlar, özel ve âmme gayrımenkulleri bakımından mürur-u zaman konusunda yeni ve mufassal hükümler getirmişlerdir ve tescil ve tasarrufun varlığı ve gayr-ı menkulün nevi bakımından müddetleri değişiktir. Bu konuda gayrımenkul hükümlerinin ilgili yerlerine bkz.

157- Diğer taraftan, vakıf mallarını, içindeki koruyucu hükümler bakımından, özel ve âmme malları arasında orta bir yer olarak kabul edebiliriz. Bu sebeple Prof. Fethi Zağlûl, Mısır Medenî K. nun şerhinde (sh / 50), bu malları "*iki benzerlikli mallar*" olarak adlandırıyor:

– Yani, gayesi ve onlara tasarruf yasağı cihetini âmme menfaatine tahsis edilmiş mallara benzetiyor.

– Ve mürur-u zaman ile mülk edinilmesinin cevazı ve haczine, üzerinde vakfedilmeden mevcut aynî bir hak sahibi olması veya vâkıf üzerine borç olup da, vakıfın başka ifa edecek malı yoksa, alacaklı olan kimseye satmanın cevazı bakımından ise, özel mallara benziyor.

158- Bazı Düşünceler:

1) Lâik hukukta malları: *Maddî mallar ve mânevî mallar* diye ikiye ayırıyorlar.

Mânevî tabiri ile, insan servetinde lehine bir itibar olan şeyi kastediyorlar, fakat bunlar haricî varlıkta aynî - maddî değildirler. Bu kısıma,

şahsî ve aynî haklar, menfaatler, müelliflerinin basım hakkına (neşir) inhisar eden müelliflerin edebî (fikrî) mülkiyetleri, kâşiflerin ve mucitlerin sinaî mülkiyeti ile ticarî ünvanları kullanma hakkı v. b. girer.

Yani hukukun insana sağladığı her menfaat ve hak, satılması ve alınması mümkün olan bir mânevî maldır.

Bu ayırım, bu konuya ayırdığımız İslâm Hukuku nazarındaki mal mefhumu ile bağdaşmaz. Çünkü hukukçularımız mal ile mülk arasını ayırmışlar, hakları ve menfaatleri, üzerlerine istisnaî haller dışında olması hariç, yukarıda geçtiği gibi, akit yapılan bir mal olarak değil, istifade edilen bir mülk olarak kabul etmişlerdir.

Fakat bu maddî ve mânevî mal taksimi, Medenî K. hükümleri ve ondan önce, eski Hukuk Usulü Muhakemeleri K. nun 64. md. si ile ahenklidir. Bu, bütün hakları ve menfaatleri, üzerlerine akitler yapılması câiz olan mallar cümlesine ithal eden md. dir.

Bu sebeple, bu ayırım, İslâm Hukuku nazarındaki malların taksimine girmiyor (girmez) ve bu sebeple burada ona sadece işaret etmekle yetindik.

2) Aslında **eşya** ve **mallar** arasında ayırım yapılır.

– Eşya mallardan daha geneldir, çünkü mal olan her şey, bir şeydir, ama aksi değil. Meselâ, güneş, ay, hava eşyadırlar, fakat ne İslâm Hukuku ve ne de lâik hukuk nazarında maldırlar. O halde mal ile şey arasında mutlak-genel ve mutlak-özel diye adlandırılan bir münasebet vardır.

Ancak ne var ki, ikisi arasında ayırım yapılmamasına ait hukukî ıstılah yerleşmiştir, Medeni K. da aynı yolu takip etmiştir. (Bkz.: Prof. Muhammed Kâmil el-Mersi, "el-Emval" f/2). Bunun sebebi, hukukî bahsin ele aldığı eşya ancak hakların kendisine taalluk ettiği şeydir ki, o da mallardır.

Prof. Zerka'nın açıklamaları burada sona erdi.

C- İSLÂM HUKUKUNDA VE MODERN HUKUKTA AKİTLER ARASINDA KISA BİR KARŞILAŞTIRMA

Akit, mülkiyet kadar eski olmasa bile, tarihin çok eski devrilerinden beri insanlar arasında kullanılagelen bir hukuki muamele ve müessesedir.

Modern Hukukta akitler, çok geniş şekilde ele alınıp açıklanmış, ve kanunlar, akitlerin genel hükümlerine ve muhtelif nevilerine geniş yer ayırmışlardır. Geniş yer ayırmalarının sebebi, hemen hergün insanlar arasında başvurulan bir araç ve hukuki teminat olmasından ileri geliyor.

Akitler konusunda, İslâm Hukuku ile modern hukuklar arasında benzerlik ve farkları, kısa başlıklar, halinde şöyle gösterebiliriz:

a. Akdin unsurları icab ve kabul şelinde olduğu, İslâm Hukukunda aynen mevcuttur. Mezhepler arasında bazı açıklama farkları olmakla beraber, esas itibariyle icab ve kabulün tarafların rızasını ortaya koyan birer müessese olduğu ve aktin tekevvün ve teşekkülünü sağlayan iki ana ve kurucu unsur olduğu kabul edilmiştir.[290]

b. Akdin neticeleri ve sona ermesi sahasında da büyük benzerlikler olduğunu söyleyebiliriz.[291]

c. İkrah,[292] gabin[293] vb. mevzuları da, hemen hemen aynı düzenlemelerle ortaya çıkmaktadır.

d. Fesad konusunda bir küçük özellik ortaya çıkmaktadır.[294] O da şudur:

"Fesad teorisi" İslâm Hukukunda sadece Hanefî mezhebi hukukçularının ıstılahında yer almaktadır. Diğer mezhepler, fesad diye bir sakatlık kabul etmemişlerdir: Bir işlem ya sağlıklıdır, ya da bâtıldır. Hanefî hukukçulara göre ise, fesad bir hukuki işlemin, bir akdin asıl ve cevher bakımından değil de, semene istihkak tarihinde cehalet, akitte aldanma ve ikrah durumlarında söz konusu olur. Böyle bir akit inikat etmiştir, ancak, iki taraftan birinin iradesi ve hâkim kararı ile feshedilebilir. Veya akti ifsad eden durum ortadan kaldırılarak, akit sahih hale getirilebilir.

e. Akdin bâtıl olması konusunda iki hukuk sistemi aynıdır. Modern hukukta **mutlak butlan** ve **nisbi butlan** diye bir ayırım yapılmaktadır.[295]

---

[290] Bkz. Bkz. Zerka, 1/230; Senhuri, Abdurrezzak, *Mesadirül-Hak*, Beyrut, 1953-4, 1/84 vd.

[291] Bkz. *Aynı yer.*, 309, 381, Senhuri, 6/7 vd.; 186 vd.

[292] Bkz. *Aynı yer.*, 274; Senhuri, 2/175 vd.

[293] Bkz. *Aynı yer.*, 287; Senhuri, 2/149 vd.

[294] Bkz. *Aynı yer.*, 2/494 vd.; 512. Senhuri, 4/146 vd. Batı hukuku ile geniş bir karşılaştırma için bkz. sh. 262 vd.

[295] Mesela bkz. Tekinay, S. S. /Akman, S. /Burcuoğlu, H. /Altop, A., *Borçlar Hukuku*, Genel

İslâm Hukukunda ise, böyle bir ayırım yok. Butlan, akdin, unsurlarından birinin mevcut olmaması veya sakat olması gibi, akdin asıl ve cevher bakımından meşru olmaması halinde verilen bir isimdir.[296] Nisbi butlan ise, kullanılmamaktadır. **Zerka**'ya göre, modern hukuktaki nisbi butlan, İslâm hukukunda (Hanefî mezhebindeki) fesad'dan tamamen farklıdır.[297]

f- Akitlerin çeşitleri ve isimlendirilmeleri:

Bilindiği gibi, modern hukukta **"akdin muhtelif nevileri"** başlığı altında, insanlar arasında en çok kullanılan akitler sıralanmış bulunmaktadır (BK. md. 182 vd.). Ancak akitler bunlardan ibaret değildir. Zamanla yeni akitler bulunabileceği gibi, insanlar, **muhtelit şartlar yoluyla** birkaç akit özelliğini kendisinde toplayan akitler de yapabilirler.

Birinci grupta yer alan, yani insanların asırlardır kullandıkları ve alıştıkları akitlere **isimli akitler** ismi verilmektedir. Bunun dışında kalanlara ise **isimsiz akitler** denilmektedir. İsimsiz akit, henüz unsurları ortaya konulmamış, kendisine özel hükümler bağlanmamış ve bir isim verilmemiş akit demektir. Birinci gruptakiler ise, unsurları belli ve insanların ona özel hükümler ve bir isim verdiği akitlerdir[298].

Modern İslâm Hukukçuları asrın gereklerine uyarak isimsiz akitler sahasında, bazı akit çeşitlerinden bahsetmektedirler. Bunlar Sigorta, Abonman, gazetelerde ilan ve yayın ile otelcilik akitleri gibi akitlerdir. Ve üstelik bunun gibi, zamanın şartları gereği ortaya çıkan ihtiyaçlara cevap verebilecek yeni akitlerin kabul ve düzenlenmesine İslâm Hukukunda bir engel olmadığını, düzenlendikten sonra ise bu akitlerin artık isimli akitler sınıfına dahil olacağını belirtmektedirler.[299]

Bundan daha dikkat çeken ve hatta hayrette bırakan husus, bundan asırlarca evvel yazılan İslâm hukukuna ait kitaplarda dahi, akdin muhtelif nevilerine yer verilmiş olmasıdır.

Hükümler, 5. Bası, İst. 1985, 1/510; Tunçomağ, K., *Türk Borçlar Hukuku*, 1/176 vd., Genel Hükümler, 6. Bası, İst. 1976.

[296] Bkz. Zerka, 2/477 vd. Ve Batı Hukukundaki Butlan teorisi "İslâm Hukukundaki butlan teorisi ile tam bir ahenk (uyum) içerisindedir" (sh. 523); Senhuri, 4/124 vd.

[297] *Aynı yer.* 2/252 vd.

[298] Bkz. *Aynı yer.*, 1/413.

[299] *Aynı yer.*, sh. 413.

Mesela bundan 12 asır evvel tertip edilmiş olan ve Peygamber'in beyanlarındaki akitleri sınıflandıran Buhârî'nin Hadis külliyatında bugün hukuk dilinde kullandığımız hemen bütün akitler ayrı başlıklar halinde yer almıştır.[300] Aynı şekilde İbn-i Mace'nin Hadis Külliyatını (Sünen-i İbn-i Mâce) da zikredebiliriz.[301]

Daha sonraki asırlarda yazılan veya tertip edilen İslâm hukuku kitaplarında daha açık misaller bulmak mümkündür. Mesela 13. asırda yaşamış, İslâm'ın meşhur dâhilerinden **İbn-i Teymiyye,** kitabında şu akitleri ayrı başlıklar halinde ele almış ve her birine ait ne kadar hadis varsa, alt alta sıralamış ve açıklamıştır: Satım, Satımın şartları, Faiz ve faizli akitler, Selem, Karz, Havale, Kefalet, Mudarabe ve Muzaraa (Bir nevi şirket akdi), Kira (ve çeşitleri), Bağışlama, Vakf, Vasiyet, Evlenme (ve bunlara bağlı hukuki işlemler).[302]

g- Bazı farklar:

Yukarıda belirttiğimiz aynı ve benzer hükümlere rağmen, İslâm Hukuku ve modern hukuk arasında akitler sahasında bariz olarak şu farklara temas etmek icab eder:

a- İslâm Hukuku'nda isimli akitler arasında şu 25 akit sayılmaktadır: Satım, Kira, Kefalet, Havale, Vefalı Satış, Vedia, Ariyet, Bağışlama, Şirket, Vekâlet, Karz, Rehin, Taksim, Madarabe, Muzaraa, Musaka, Sulh, Tahkim, Muharece, Umra, Muvala, İkale, Evlenme, Vasiyet ve İsa (Vasiyeti Tenfiz).[303]

Bunlar içinde bazı akitler, bugün modern hukukta akit değil, bir hukuki işlem olarak kabul edilmektedir. Rehin dahil daha sonraki akitler

---

[300] Buhârî'nin hadis külliyatının Zebîdî tarafından yapılan bir ihtisarı Ahmet Naim ve Prof. Kamil Miras tarafından tercüme edilmiş ve D. İ. Baş. tarafından açıklamaları ile birlikte 12 cilt halinde yayınlanmıştır. 6. 7. ve 8. ciltlerde akitler ele alınmış, bunlara ait hadisler gösterilmiş, şerhleri yapılmıştır. İmam Malik'in Muvatta isimli hadis külliyatı da böyledir.

[301] Bkz. Haydar Hatipoğlu tercümesi, İstanbul, 1983, Kahraman y, 9. kitaptan itibaren akitlere yer verilmiştir.

[302] Bk. İbn-i Teymiyye, *el-Münteka min ahbaril-Mustafa*, Edition Kritik: Muhammed el-Fakiyy, 2. cilt, 1403-1983-Riyad, sh. 315 vd. Senhuri, 1/78 vd.; el-Kâsani'nin (12. asır) kitabında 18 akidden bahsettiğini yazıyor.

[303] Bkz. Zerka, 1/392. Mecelle bunlardan sadece 17 sini (Karz ve Tahkim'den sonrası yok), TMK ise, 17 akit düzenlemiştir.

böyledir. Bu işlemler "Akdin muhtelif Nevileri" kitabında değil, Medeni K. ve Usul K. nun içinde, hatta Ticaret K. nunda düzenlenmiştir. Ya da bir akid kabul edilmiştir, ama Borçlar Kanununda değil, Medeni K. da md. 646 (586/1), Miras bölümünde düzenlenmiştir. Mesela, Taksim İşlemi İslâm Hukuku'nda isimli akitler arasında sayılmış, modern hukuklarda ise, Miras veya Eşya Hukuku'nda (md. 698 (627) düzenlenmiştir. Rehin işlemi de öyledir. (MK. md. 881 (796) vd.; 768 (853) vd.).

b- Akdi şartlar: Âkit tarafların ileri sürebileceği şartlar konusu İslâm hukukçularını çok geniş şkilde meşgul etmiştir.[304] Genellikle akdi şartlar konusunda, dar bir görüş kabul eden 3 mezhebe karşılık, Hanbelî mezhebi geniş bir irade hürriyetini kabul etmiş bulunmaktadır.[305]

c- Faizli akitler: Faizin İslâm Dininde haram olduğu bilinmektedir. Akitlerde faiz yer aldığı takdirde, akit, Hanefî mezhebine göre fâsid, diğer mezheplere göre bâtıl kabul edilmektedir. Bu hususta çeşitli görüşler de ileri sürülmüştür.[306]

D- HZ. PEYGAMBER'İN BEYANLARINDAKİ BAZI MEDENÎ HUKUK KAİDELERİ

Giriş

Her yıl, yalnız Türkiye'de değil, dünyanın her tarafında bir büyük insanın, âlemlere rahmet olarak gönderilen bir peygamberin doğum yıldönümü kutlanıyor, onun hakkında ilmi toplantılar yapılıyor, sergiler açılıyor, birçok ilmi çalışmalar, radyo ve televizyon konuşmaları yayınlanıyor.

Bütün dünyanın konuştuğu bir insanı bizim de konuşmamız çok tabii ve hatta zaruridir.

Bu başlık altında kısaca, Hz. Peygamber'in (aleyhissalatu vesselâm) bazı beyanlarında yer alan medeni hukuk kaidelerine temas edeceğiz. Bu kaidelerin sayıları çoktur. Ve her bir kaide de teferruatlı bir şekilde şerh edilmiştir. İslâm Hukuku kitapları bu esasları ihtiva etmektedirler. Biz ise bunlardan ancak bir kısmını ele alacağız.

---

[304] Bkz. *Aynı yer.*, 339 vd. Senhuri, 3/83. bilhassa, 106 vd.
[305] Bkz. Zerka, 1/356 vd. Senhuri, *Aynı yer.*, 121-176 (Hanefî mezhebi açısından)
[306] Bkz. Senhuri, *Aynı yer.* 176 vd.; 4/126-127; Zerka, 4/496.

Ele alacağımız hukuk kaideleri sadece medeni hukuk sahasına ait olacaktır. Bu kaidelerin bir kısmı Mecellede de yer almış bulunmaktadır.

Makul ve yerinde görüldüğü içindir ki, insanlar bu tavsiye ve kaideleri benimsemiş, hukuk sistemleri düzenlemiş ve devletler de uygulamıştır. Benimsemeleri o kadar kuvvetlidir ki, kanunlara kadar geçmiştir, çünki insanlara saadet getireceğine inanılmıştır.

Açıklamalar sonunda görülecektir ki, lâik Avrupa kanunları da bu kaideleri benimsemişler ve hukuk düzenlerinin içine yerleştirmişlerdir.

1- Medeni Hukuk Münasebetlerine Ait Bazı Hadisler

Bilindiği gibi, İslâm Hukuku'nun kaynakları başta Kur'ân-ı Kerîm'dir, ondan sonra Hz. Peygamber'in sünneti gelir. Sünnetin **"kavli"** kısmına **"hadis"** ismi de verilmektedir. İşte biz İslâm Hukukunun bu kaynağındaki bazı medeni hukuk kaidelerini ele alacağız.

Ele alacağımız bu hadislerin mânaları sadece hukuk ile, özellikle medeni hukuk ile ilgilidir, kapsamı ancak ve yalnız medeni hukuk alanı ile sınırlıdır demek yanlış olur; işaret edeceğimiz bu hadisler ibadet, ahlâk ve hukukun diğer branşları ile bağlantılı olarak da açıklanabilir. Yani bu hadisler, İslâm Dininin temel esas ve özelliklerini de ortaya koyarlar ve insanlara yol gösterici özelliklere sahiptirler. Ve bu arada, insanlar arasındaki hukuki münasebetlere ait mânaları da vardır; nitekim bu hadisler ile ilgili yazılmış binlerce cilt kitaplar çeşitli hayat münasebetlerine ait bu mânaları açıklamışlardır.

Bu kaidelerin de ancak bir kısmı ele alınacaktır. Yoksa sayısı bizim belirttiklerimiz kadar değildir. Sadece bazı seçmeler yaparak ilgili hukuk kaidelerini arz edeceğiz:

Birinci kaide: "Ameller niyetlere göredir."[307]

Bu hadis çok meşhurdur ve İslâm Hukukunun temel birkaç kaidesinden biri olarak kabul edilmektedir. İnsanların yaptığı işlemler ve fiiller o kişinin niyetine göre değerlendirilecek ve neticeye varılacaktır. Modern hukuk bu kaideyi benimsemiş ve düzenlemiştir. (Mesela bkz. TMK, md. 2, 3 (2, 3); BK. md. 25, 45; Mecelle, md. 2, 3 vd.)

---

[307] Buhârî, *Bed'ul-Vahy*, 1.

İkinci Kaide: "Zarar vermek ve zarara zararla mukabele etmek yasaktır."[308]

Bu hadis de İslâm Hukuku'nun temel kaidelerinden biridir. Ve modern hukuk metinleri bu kaideyi benimsemişlerdir. Manası: kimse başkasının canına, malına ve şerefine zarar veremez. Ve haksız yere verilen zararları tazmin etmekle mükelleftir (Mesela bkz. TMK. md. 2, 3, 24 (2, 3, 2, 24); BK. md. 41, 48, 49 vd.).

Diğer taraftan verilen bir zarara karşılık olarak, ikinci bir zarar vermek de yasaktır. Bunun adı intikamdır, şahsi öçtür. Ve idari ve adli mekanizmayı tanımadan keyfi bir adalete götürmektedir. Bir diğer deyişle insanların kendi kuvvetleriyle adaleti gerçekleştirme istemeleri (bizzat ihkak-ı hak) yasaklanmıştır. Çünkü bu yolun birçok mahzurları vardır.

Verilen bir zarara, yani hukuka aykırılığa, başka bir zarar ile, yani başka bir hukuka aykırılıkla karşılık vermek, ayrıca bir hukuka aykırılık teşkil eder. Bunun adı, "intikam"dır veya **"şahsi adalet"**dir. Zarar gören, intikam veya şahsi adalet (öç) yerine, devlet müesseselerine başvurmalı, yargı kuvvetinin yardımını istemelidir. Buna, modern hukuk terminolojisinde **"hak arama hürriyeti"** ve **"yargı yolu"** ismi veriliyor.

Bunun yerine yasal yollara (emniyet kuvvetlerine, savcılığa, mahkemeye vb.) başvurulması gerekir. Bu ana kaideden Mecelle'de birçok yan kaide çıkartılmıştır.

Mesela; **"zarar bikaderi'l imkan def' olunur"** (Mecelle, md. 31). Yani verilen bir zarar, bütün yollar ve çarelere başvurularak, mutlaka giderilmelidir. Tabii bunun da, bir sınırı vardır, zararı gidermenin imkansız olduğu haller ve durumlar da söz konusu olabilir.

Üçüncü Kaide: "Müslümanlar şartlarına riayet ederler."[309]

---

308 Müsned, 1/313.

309 Buhârî, *İcare*, 14, 50; Ebû Davud, *Akdiye*, 12. Bir başka rivâyette (Tirmizî, *Ahkâm*, 17) "..helali haram kılmadıkça" ilavesi vardır. Ayrıca bkz. *Feyzu'l-Kadir*, 9213; Zerka, 1/122/ dipnot 10'da gösterilen kaynaklar.
Aslında, yapılan andlaşmaları (sözleşme, şart vb.) yerine getirmeyi emreden âyetler bulunmaktadır. Meselâ: "Ey iman edenler! Akitleri yerine getirin." (Mâide, 1)
"Ahdi de yerine getirin, doğrusu verilen ahidde sorumluluk vardır." (İsrâ, 34).
Ama biz burada sadece hadislere geçen medeni hukuk kaidelerini ele almış bulunuyoruz. Bu konuda ayrıca bkz. Zerka, *Aynı yer*, 344/149-150)

Bilhassa akitlerde kabul edilmiş şartlara riayet etmek gerekir. Tarafların rızası ile meydana geldiği için bu şartların ihmal edilmemesi ve uygulanması gerekir. Modern hukukta bu kaide de yer almıştır. (Meselâ bkz. BK. md. 25)

Kabul edilen şartlar, aradan zaman geçince, bir tarafın lehine gelişebildiği gibi, aleyhine de olabilir. İslâm âlimlerince kabul edilmiş bir diğer kaide ise, bu konuya açıklık getirmektedir ve şöyledir: **"Şart, ister senin lehine, ister aleyhine olsun, daha kuvvetlidir."**[310] Yani beğenmesen ve aleyhine de olsa, taraflarca kabul edilmiş şartları uygulamak gerekir.

Ancak şu hadisi de belirtelim: **"Allah'ın kitabında yer almayan veya ona aykırı bir şart bâtıldır."**[311]

Dördüncü kaide: "Çocuk, annesinin nikahlı bulunduğu kocaya (veya câriye ise efendisine) aittir."[312]

Bu kaide, İslâm aile hukuku sahasında önemli bir kaidedir. Modern hukukta bu kaidenin kısmen mukabili MK. md. 285 (241)'de yer alıyor. Ancak kölelik sistemi artık mevcut olmadığından, kaidenin devamı modern hukukta yer almaz.

Beşinci kaide: "Kadınları evlendirirken rızalarını alınız. Dul isteyip istemediğini açıklar. Bâkire kızın susması, rızası demektir."[313]

Medeni Hukuk sahasında olduğu kadar insan hakları sahasında da önemli bir yeri olan bu kaide bugün maalesef yurdumuzun bazı bölgelerinde uygulanmıyor. Yani, anne babaları veya yakınları, kızların rızasına bakmaksızın zorla evlendirmektedirler. Böylece hem İslâm Hukukuna ve

---

310 Meşhur bir atasöz olup, İslâm Hukuku kitaplarında zikredilmekte, hatta meşhur İslâm Hukukçularına (İbn-i Şübürme, Ebû Leyla gibi) ait olduğu zannedilmektedir (Bkz. Zerka, 1/54, 177/dipnot 3).

311 Buhârî, *Mükateb*, 3, 1; *Şurut*, 17; Nesai, *Talak*, 31.
Bu konu ile dolaylı ilgili olan "Emprovizyon Teorisi"ni burada ele almak istemiyoruz.

312 Buhârî, *Büyu"*, 3, 100; *Husumât*, 6, *Vesaya*, 4. Meğazi, 35 vs.; Tirmizî, *Reda*, 8, *Vesaya*, 5.
Bu kaide gereği hür bir babanın cariyesinden çocuğa olursa, çocuk babasının medeni haline tâbi sayıldığı için hür olur." Bu esası ilk defa hukuka ithal eden, İslâm Dinidir. Eski Araplar partus seguitur ventrema (Çocuk batına çeker, yani çocuk annesinin medeni vaziyetine tabidir.) kaidesine riayet ederlerdi." (Juynboll, *İslâm Ansiklopedisi*, Abd maddesi).

313 Buhârî, *Nikâh*, 41; Nesai, *Nikâh*, 31; İbn-i Mâce, *Nikâh*, 11; Darimi, *Nikâh*, 13; Müsned, 1/334)

böylece Peygamber'in hadisine, hem de lâik hukuklara aykırı hareket edilmektedir. Tabii bunun neticesinde birçok aile trajedileri vukua gelmektedir. Hiç şüphesiz bu şekilde davranış, cehaletin neticesidir.

Bu kaide modern hukukta aynen yer almamıştır, ama biraz farklı şekilde düzenlenmiştir. Evlilik akdinde rıza, sadece tarafların yaşı nazara alınarak düzenlenmiştir. (TMK. md. 88, 90, (124, 126)

Altıncı kaide: "Emanet alan, aldığını iade edinceye kadar, şahsi kusuru ile verdiği zarardan mesuldür."[314]

Bu kaide insanlar arasında güven ve itimadı telkin eden bir kaidedir. Ve hem emanet alanı, hem de emanet vereni korumaktadır.

Modern hukukta bu kaide yer almıştır. Mesela Bkz. BK. md. 300, 465, 474, 478, 481.

Yedinci Kaide: "Âriyet iade edilmelidir. Kefil mesuldür, borç ödenmelidir."[315]

Bu hadis vedia, âriyet ve kefalet akitleriyle borcun ifasının temel esaslarını düzenlemektedir. Ve bugün modern kanunlardaki düzenlemelerin temelini ortaya koymaktadır. Asıl önemli olan bu hükümlerin 14 asır evvel ifade edilmiş olmasıdır.

Daha bunun gibi pek çok hadis, medeni hukuk münasebetleri sahasında hükümler koymuşlardır. Cenab-ı Hak nasip ederse, uygun bir zamanda onları da ele alıp, lâik hukukla karşılaştırmasını yapmak istiyoruz.

2- Zararlı Bazı İşlemleri Yasaklayan Hadisler

Şimdi de Hz. Peygamber'in, bazı hukuki muameleleri yasakladığına dair ifadelerini ele alacağız:

1- Üreticileri şehrin dışında karşılayıp, onlara bir fiyat verip mahsul-

---

[314] Tirmizî, *Büyu"*, 39, *Vesaya*, 5; Ebû Davud, *Büyu'*, 88; İbn-i Mace, *Sadakat*, 5; Darimi, *Büyu'*, 56; Müsned, 4/222.

[315] İbn-i Mace, *Sadakat*, 9; Tirmizî, *Büyu'*, 39, *Vesaya*, 5; Ebû Davud, *Büyu'*, 88; Müsned, 5/267/293. Borcunu ödemeyen borçlunun hapsedilmesi ve köleleştirilmesi (Roma Hukuku'nda ayrıca borçlunun vücudu borç miktarınca kesilebilirdi: Bkz. Schwarz, *Borçlar Hukuku,* Terc: Bülent Davran, İstanbul, 1948, sh. 82-83).

lerini satın alma (**Talaku'r-Rükban**), böylece esas pazar fiyatını öğrenememesi ve dolayısıyle aldanmasının önüne geçilmek için yasaklanmıştır.[316] Bu esas, günümüzde üreticilerin mahsullerini il ve ilçelerdeki toptancılara getirmesi ve onların tesbit ettiği fiyatlara göre malını satması şeklinde düzenleniyor. İtiraf edelim ki bu kaide tam olarak uygulanmamakta ve gerek üretici ve gerekse belediye zabıtası bu düzenlemeye riayet edememektedir.

2- Bir kimse alım satım akdi yaparken veya bir kızla nişan yapmaya teşebbüs ederken, üçüncü bir şahsın ikisinin arasına girip alıcıyı veya kızı kandırıp malı kendisine satmasını veya kızın kendisiyle nişanlanmasını istemesi yasaklanmıştır.[317]

Bu şekilde bir davranış halkımızın dilinde **oyun bozanlık** veya pişmiş aşa su katmak olarak da adlandırılır. Böylece bir kimsenin kısmetine mani olunmakta, nifak ve desiselerle insanlar arasında huzursuzluğa yol açılmaktadır.

3- Müşterinin eli alıcının mallarına dokununca alım satım akdinin tamam olduğuna dair işlem yasaklanmıştır. Buna **mülamese** denilmektedir. Ayrıca **münabeze** (karşılıklı satacakları eşyayı bırakmaları) veya küçük bir taşı bir malın üstüne atınca satım akdinin tamam olması âdetini de yasaklamıştır.[318]

4- Henüz ortaya çıkmamış meyve, dişi hayvanın karnındaki yavru, dalgıcın henüz çıkarmadığı şeyler ve avcının ağına düşecek olan şeylerin satımını yasaklamıştır.[319]

Bütün bu muameleler câhiliye devri Arab âdetleridir. Ve, alışverişte tarafların rızalarının ortaya çıkmasını engellediği ve ayrıca aldanma ve aldat-

---

[316] Buhârî, *Büyu'*, 68, 64; *İcare*, 14; Müslim, *Büyu'*, 11-9; Ebû Dâvud, *Büyu'*, 46; Nesâi, *Büyu'*, 14; Müsned, 1/368 Malik, *Büyu'*, 96.

[317] Buhârî, *Nikâh*, 45; *Büyu'*, 58; *Şurut*, 8; Müslim, *Büyu'*, 8; *Nikâh*, 38; Ebû Davud, *Nikâh*, 17; Tirmizî, *Nikâh*, 38; Nesâi, *Büyu'*, 19; İbn-i Mace, *Nikâh*, 10; Darimi, *Nikâh*, 7; Muvatta, *Nikâh*, 1, 2, 12; Müsned, 2/122 vd.

[318] Buhârî, *Büyu'*, 62, 63, 93; Müslim, *Büyu'*, 1-3; Ebû Davud, 24; Tirmizî, *Büyu'*, 69; Nesai, *Büyu'*, 23-6; İbn-i Mace, *Ticaret*, 12; Dârimi, *Büyu'*, 28; Mâlik, *Büyu'*, 76; Müsned, 2/319 vs.

[319] Bu vb. işlemler için bkz. Zerka, c. 2, fıkra 512.

ma ihtiva ettikleri için yasaklanmıştır. Çünkü taraflardan biri aldanmaktadır. Aldatma ve aldanma her ikisi de hadislerde esasen yasaklanmıştır.[320]

Bu yasaklama insanlar arasında huzurun temini, kavgaya son verme ve kardeşlik duyguları içinde bir sosyal hayat kurma gayesine hizmet etmektedir. Medeni hayat da zaten budur.

Bu ve benzeri işlemler maalesef 14 asır sonra bile bazı bölgelerimizde hala yapılmaya devam etmektedir.

3- Kısa Bir Değerlendirme

a- Bütün bu esaslar medeni milletlerce kabul edilmiş bulunmaktadır, çünkü makuldur; insan bünyesine uygundur. Yukarıdaki işlemlerden hangisini alırsanız alın bunları kabul etmeyen bir insan ve hukuk sistemi düşünülemez.

b- Hz. Peygamber'in (aleyhissalatu vesselâm), bu beyanlarında yer alan esaslar medeni milletlerce uygulanmaktadır. Asrımız modern (laik) düzeni farkında olarak veya olmayarak Hz. Peygamber'in (aleyhissalatu vesselâm) bu beyanlarında yer alan hukuk kaidelerini uygulamaktadır.

Zaten Milletlerarası Hukuk Akademisi de 1937 yılında Hollanda'nın Lahey şehrinde bir toplantı yapmış ve İslâm Hukukunda müstakil bir hukuk düzeni olduğu ve gelişmeye uygun olduğunu belirtmiştir.[321]

d- Sanıldığının aksine İslâm Hukuku'nun büyük kısmı siyasetten ibaret değildir. İslâm Dininin yüzde doksan dokuzu itikat (inanç), ibadet ve ahlâka aittir. Ancak yüzde biri siyasete aittir.

---

[320] Bkz. aynı kaynak, c. 1, fıkra 186 vd. 189 vs.
Mecelle'nin külli kaidelerinin modern hukuk açısından değerlendirilmesi için bkz. Mustafa Reşit Belgesay: *Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri,* İHFM, 12/2-3 (Yıl: 1947), sh. 561-608.
Dünyaca meşhur müsteşrık Ignaz Goldziher, Hz. Peygamber'in, kılıçla fetihten önce ülkeleri fethettiğini, İslâm Dinine, dünya tarihinde çok nâdir rastlanan bir şuurla (bilinçle) bağladığını belirtiyor ve faziletlerini anlatıyor: Bkz. Vorlesungen über den Islam 1963, Heidelberg, Carl Winter Universitaetsverlag, sh. 30.

[321] Zerka, c. 1. Paragraf No: 94; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul, 1973, İrfan y., 1/30 vd.

Mısır âlimlerinden Prof. Dr. Abdulvahap Hallaf kitabında bu konulara işaret ediyor ve siyasete ait 60 kadar âyet (yani tüm âyet sayısına göre yüzde bir) olduğunu belirtiyor. Dr. Faruk en-Nebhan da aynı şeyleri tekrarlıyor.[322]

Bir diğer deyişle, siyasete ait âyet ve hadislerin sayısı medeni hukuk münasebetlerine ait âyet ve hadislere göre çok azdır.

Yukarıdan beri Hz. Peygamber'in beyanlarında yer alan bazı kaideleri dile getirdik ve kısaca özelliklerini belirttik. Bu açıklamalarımızdan şu neticeleri çıkarabiliriz:

1- Medeni Hukuk münasebetlerini düzenleyen hadisler, zamanla ve modern yorumlarla ilerideki asırların gelişmelerine intibak ettirilebilir.

2- Bu hadislerdeki kurallar medeni hukuk alanında çok kullanılan kurallardır. Çünkü hukuki münasebetler insanın insanla ve insanın eşya ile olan münasebetlerini düzenler ve insanlara istikrarlı ve huzurlu bir hayat sağlamak gayesi güder.

Hadislerde yer alan bu ifadeler, devlet, siyaset ve kamu düzeni ile ilgili olmayıp, kişilerarası ve kişi-eşya arası münasebetlere bakar ve onları düzenler.

3- Hz. Peygamber, insan fıtratına uygun tavsiye ve emirlerde bulunmuştur. Bir diğer deyişle, bu emir ve tavsiyeler medenidir, sosyaldir. Sadece insan ile devlet ve kamu düzeni arasında değil, daha çok insanlar arası münasebette huzurlu ve istikrarlı bir hayat getirmeye müteveccihtir.

4- Batı dünyası burada yer alan esasları ve benzerlerini kanunlarında düzenlemiştir. Ama bu düzenlemeyi yaparken bu sözlerin Hz. Peygamber'e ait olduğunu belki de bilmiyordu veya biliyorlardı, fakat açıklamadılar. Hangisi olursa olsun, mühim olan, medeni dünyanın bu ifadeleri makul bularak hukuk düzenlerine almalarıdır.

---

[322] Bkz. *İslâm Hukuk Felsefesi* (Tercüme: Hüseyin Atay) Ankara, 1973, A. Ü. İlahiyat F. y. sh. 72, 176-7; Nebhan, Faruk, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku'nun Genel Esasları* (Terc: Servet Armağan) İstanbul. 1980, Sönmez y. sh. 248.
Yorumlar farklı da olsa, hadis ve âyetlerdeki hükümleri, modern hukuk açısından ele alan, yaklaşık 50 yıl modern hukuk öğretmiş ve yazmış Ord. Prof. Dr. Mustafa Reşit Belgesay'ın şu kitabına da bkz. *Kur'ân Hükümleri ve Modern Hukuk*, İstanbul, 1963, İÜHF. y.

5- Buraya kadar verdiğimiz örnekler dışında kalıp da, İslâm Hukuk düzeniyle lâik özel hukuk düzenleri arasında bazı hükümlerde farklar da vardır: Faiz yasağı, evlat edinme, süt kardeşle evlenme gibi.

Bu gibi farklar bütün hukuk düzenleri arasında sözkonusudur. Çünkü her hukuk düzeni bazı ayırıcı özelliklere sahip olacaktır. Ve bu da tabiidir.

Zaten bu gerçek öteden beri söylenilmiş, ifade edilmiş ve yazılmıştır.

Altıncı Bölüm

İSLÂM HUKUKU VE BATI (LAİK) HUKUKU ARASINDA KISA BİR KARŞILAŞTIRMA

İSLÂM HUKUKU VE BATI (LAİK) HUKUKU ARASINDA KISA BİR KARŞILAŞTIRMA



GİRİŞ

Günümüzde sık sık İslâm Hukuku ile Batı (Laik) Hukuku karşılaştırması yapılmaktadır. Bu konuda, ben de aşağıdaki noktalara dikkat çekmek isterim:

a) İki hukuk sistemi arasında mutlaka bir zıtlık aranmaktadır. Yani İslâm Hukuku her şeyi ile batı hukuku'na, batı hukuku da her şeyi ile İslâm Hukuku'na zıttır gibi bir peşin fikirle hareket edilmektedir. Halbuki iki hukuk sisteminin mutlaka zıt olması gerekmez ve bu yöndeki arayış bir fayda getirmez.

b) İki hukuk sisteminin, birbirine, her müessese ve hükümde zıt olması gerekmez. Çünkü çoğu defa akıl için, bulunan yollar birdir. Bu sebeple bu iki hukuk sistemi arasında birçok benzerlikler olacaktır ve vardır.

c) İki sistem arasında bazı farkların olması da tabiidir. Bu farklar iki hukuk sisteminin bünyesinden ileri gelmektedir.

Bu kısa girişi yaptıktan sonra şimdi şu başlıkları verelim:

1. Dinî ve Laik Hukuk

İki Hukuk Sistemi arasında, genel bir felsefi görüş ayrılığı vardır:

İslâm Hukuku dinî kaynaklı bir hukuktur. Yani kaynağını ve esasını Kur'ân-ı Kerîm ve Sünnet-i Seniyye tespit etmektedir. İçtihadlar ve

mezhepler bu iki kaynaktan ortaya çıkmıştır. Halbuki batı hukukunda bu şekilde geniş tanımlı dinî bir kaynak yoktur.

İki hukuk sistemi arasındaki ayrılıkta ve farklarda, belli başlı şu konular göze çarpar:

Birincisi: faizdir. İslâm Hukuku faizli muameleleri yasaklamıştır. Faiz alıp verme yasaklandığı gibi, faize dayalı hukuki işlemleri de yasaklamıştır.

İkincisi: Zinayı suç kabul etmiştir ama şikayete bağlı kabul etmemiştir. Halbuki batı hukukunda şikayete bağlıdır ve bu önemli bir farkı ortaya çıkarır. Hatta İslâm Hukuku zina isnadını da ayrı bir suç (Kazf) kabul etmiştir.

Üçüncüsü: dinden çıkma bir suçtur, bugünkü lâik hukukta bir suç teşkil etmez. Dinden çıkma suçu (Ridde) ve cezası Kur'ân-ı Kerîm'de ve Hz. Peygamber'in hadisinde belirtilmiştir.

Dördüncü: Zekâttır. Zekât, Müslümanların verdiği bir nevi vergidir. Zengin olan bir kimse zekatını fakirlere veya devlete verir. Kur'ân'da zekâtın sarf edilecek yerleri belirtilmiştir. Hiç fakir bulunmasa dahi başka ülkelerdeki fakirlere gönderilmesi lazımdır. Batı hukuk sisteminde böyle bir şey yok. Vergi devlete veriliyor. Eğer devletin ihtiyacı yoksa (Suudi Arabistan'da olduğu gibi) vergi de yok demektir. Nitekim bazı devletlerde vergi yok veya çok düşük nispettedir. Buralara vergi cenneti deniliyor.

Ama İslâm Hukukunda kişi zengin olduktan sonra, devlet ister zengin, ister fakir olsun, mutlaka zenginin cebinden bir zekât parası çıkacaktır.

Beşincisi: Bir diğer nokta da mirasta kız ve erkek kardeşlerin aynı anda mirasçı olma durumlarında miras hisselerindeki farklardır.

Altıncısı: Hırsızlık suçunun cezası olarak, hırsızın elinin kesilmesidir. Bu suç ve cezası da Kur'ân'da yer almıştır.

Bu ana farklara, birkaç küçük fark daha ilave edilebilir. Bunlar dışında Batı (laik) ve İslâm Hukuk sistemleri arasında derin mana ve istikamet farkları yoktur. Nitekim aşağıda görülecektir.

2- Kamu Hukuku ve Hususi Hukukun Bazı Özellikleri

İslâm Hukuku'nun batı hukukuyla karşılaştıracak olursak farklar konusunda şu ana hatları çizebiliriz:

a) Kamu Hukuku

Bir defa kamu hukuku sahasındaki farklar ile hususi hukuk arasındaki farkları ayırmamız lazım.

Kamu hukuku sahasında ise şunları söyleyebiliriz:

1- Ceza hukukundaki farklar ancak **"hudud"** suçlarında görülür, yani hadde tâbi suçlarda büyük farklar ortaya çıkar.

Bu, açıkça Kur'ân-ı Keîm'de ve sünnet-i seniyyede belirtildiği için kaçınılması mümkün olmayan bir farktır. Kısaca, bu suçların aslı ve cezaları Kur'ân'da ve Hadislerde belirtilmiştir; kaldırılması ve değiştirilmesi söz konusu değildir. Bunların dışında kalan sahada ise suç ve ceza ihdas edilebilir. **(Tazir)**

2- Anayasa hukuku sahasında büyük fark görülmez. Yani meclisin (Parlamentonun) kurulması, devlet başkanı seçimi, seçim sistemleri ve bakanlar kurulu gibi konularda İslâm Hukuku ile laik hukuk arasında büyük fark yoktur. Yani fark olsa bile %5 veya 10'luk gibi bir fark olur. Seçim sistemlerinde de fark yoktur. Temel hak ve hürriyetler konusunda bir-iki fark hariç, herhangi büyük bir fark görülmez. Bu konuda temel hak ve hürriyetler konusundaki eserimize[323] müracaat edilebilir. Çünkü bu konularda İslâm Hukukunda âyet ve hadis çok azdır. Az olunca da, İslâm Hukukçuları bu konuları içtihadlarına göre düzenlemişlerdir. O sebeple zamanla değiştirilmesi mümkündür.

3- İdare Hukuku sahasında bariz farklar ortaya çıkmaz.[324]

4- Milletlerarası Hukuk dalında da büyük farklardan bahsedilemez.

---

[323] Bkz. *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, 6. b. Ankara, 2006, Diyanet Y.

[324] Bu konuda şu tercümemize bkz. "*İslâm Anayasa ve İdare Hukuku'nun Genel Esasları*", (Muhammed Faruk en-Nebhan'dan), İst., 1979.

b) Hususî Hukuk

a- *Akitler konusunda büyük fark görülmez, yani satım, kira ve kefalet akdi gibi akitlerde batı hukuku ile %80 veya % 70'i aynı olan bir hukuk düzeni söz konusudur. Ancak şirket akdi ve çeşitleri, içtihadlar ile değişik ve çok geliştirilmiş bir düzenleme alanıdır.*

b- Eşya hukukunda da büyük bir fark görülmez; ancak bazı şeylerin mal olmadığı veya olmayacağı görüşü vardır ki, bu bir fark teşkil eder. Mesela domuz etinin, kanın, kılın mal olmadığı, şarabın, satımı kabil olmayan (mütekavim olmayan) bir mal olarak kabul edilmesi gibi küçük noktalar, iki hukuk sistemi arasındaki farktır.

c- Ehliyet konusu da yine çok az fark olan bir konudur. Bunun dışında nikah, miras konuları, yukarıda da bahsedildiği gibi, iki sistem arasında farkların ortaya çıktığı sahalardır.

d- Faiz'li muamelelerin ise büyük bir özellik ve fark olduğuna yukarıda işaret etmiştik.

***

Seneler önce İslâm ve Batı Medeniyetleri arasında yapılan[325] aşağıdaki karşılaştırma da bu hususta hayli dikkat çekicidir. Bu özelliği sebebiyle bu karşılaştırmayı da buraya almayı gerekli görüyoruz.

Medeniyet-i hazıra, beş menfi esas üzerine teessüs etmiştir:

1. Nokta-i istinadı **kuvvettir**. O ise, şe'ni **tecavüzdür**.
2. Hedef-i kastı **menfaattir**. O ise, şe'ni **tezâhumdur.**
3. Hayatta düsturu **cidaldir.** O ise, şe'ni **tenâzudur.**
4. Kitleler mâbeynindeki rabıtası, âhari yutmakla beslenen **unsuriyet ve menfi milliyettir.** O ise, şe'ni müthiş **tesâdümdür.**
5. Cazibedar hizmeti, **hevâ ve hevesi teşcî** ve arzularını tatmindir. O hevâ ise, insanın **mesh-i mânevîsine** sebeptir.

---

[325] Bkz. Said Nursi, *Hakikat Çekirdekleri*, İstanbul, 1329; *Mektubat*, 698, Şahdamar Yay., İst. 2006. Ayrıca, bu bahisle ilgili bir tahlil için bkz. Suat Yıldırım, *Kur'ân'ın Sosyolojik Prensipleri ve Batı Medeniyeti ile Mukayesesi,* Yeni Ümit Dergisi, Ekim-Aralık 1995, y.8, s.30.

Şeriat-ı Ahmediyenin (aleyhissalatu vesselâm) tazammun ettiği ve emrettiği medeniyet ise:

Nokta-i istinadı, kuvvete bedel, **haktı**r ki, şe'ni **adalet ve tevâzündür.**

Hedefi de, menfaat yerine **fazilettir** ki, şe'ni **muhabbet ve tecâzüptür**.

Cihetü'l-vahdet de, unsuriyet ve milliyet yerine, **rabıta-i dinî ve vatanî ve sınıfîdir** ki, şe'ni samimî uhuvvet ve **müsalemet** ve haricin tecavüzüne karşı yalnız **tedâfüdür**.

Hayatta, düstur-u cidal yerine **düstur-u teâvündür** ki, şe'ni **ittihad ve tesanüttür**.

Hevâ yerine **hüdâdır** ki, şe'ni insaniyeten terakki ve ruhen **tekâmüldür.**

Mevcudiyetimizin hâmisi olan İslâmiyetten elini gevşetme, dört elle sarıl. Yoksa mahvolursun. "

***

Böylece kitabımızın sonuna geldik. Eğer yazabilirsem, bundan sonra, yeni ve daha tafsilatlı bölümler yazmaya çalışacağım. Cenab-ı Hak'tan bu uğurda ilim ve kuvvet; okuyucularımdan da dua niyaz ederim.

Yedinci Bölüm
– EK–



İSLÂM HUKUKUNDA KADIN-ERKEK EŞİTLİĞİ HAKKINDA BİR KONFERANS[326] (*ZUR GLEİCHBEHANDLUNG VON MANN UND FRAU İM İSLAMİSCHEN RECHT*[327])

VON

PROFESSOR DR. SERVET ARMAĞAN

(Universität Istanbul, Juristische Fakultät)

Aşağıda Kadın Erkek eşitliği üzerine bir Konferansın metnini bulacaksınız. Bu konferans, 7 Haziran 2002 tarihinde, Federal Almanya Hür Berlin Üniverstesinde, Hukuk Fakültesinin her yıl bir defa Hukuk Fakültesine özgü olarak düzenlediği konferanslardan biri olarak tarafımdan verilmiştir.. Ülkemizde Almanca hukuk dilini bilen binlerce öğrenci ve uzman bulunmaktadır. Onlara bir örnek ve yararlanmaları ümidiyle aşağıda konferansın aslını özetle sunuyorum.

---

326 Bu başlık altında, Hür Berlin Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin senelik hukuk günü'nde, 7 Haziran 2002 tarihinde, fakültenin eski ve yeni öğretim üyeleri ile öğrencilerine tarafımızdan verilen konferansdır. Bu konferans daha sonra basılmış ve dağıtılmıştır: Bkz. Sommersemester 2002, Fachbereichstag-Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universitaet Berlin, Berlin, Mai 2003.

Batı dünyasında verilmekte olan konferans türlerinden bir örnek olarak sunuyoruz.

327 Vortrag gehalten anläßlich des Fachbereichstages der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Freien Universität Berlin am 7. Juni 2002.

Konferansımızda ana görüşler şu başlıklar altında verilmiştir:

1- İslâm Hukukunda Eşitlik Esası.

2- Kadın ve Erkeğin Eşit Olduğu Alanlar.

3- Kadın ve Erkeğin Eşit Olmadığı Alanlar.

4- Kadın Lehine Düzenlemeler

5- Kadınların Özellikle Korunduğu Alanlar.

6- İslâm Ülkelerinde Kadınların Hukuki Durumu Hakkında Kısa Bilgi, ve

7- Sonuçlar

Vorbemerkung

Das Gleichheitsprinzip ist ein kontroverses Thema. Jahrhundertelang haben Philosophen, Theologen und natürlich Juristen dieses Thema behandelt, viel darüber diskutiert und verfaßt. Auch im islamischen Recht ist das Gleichheitsprinzip ein empfindliches Thema. In diesem Bereich wurde viel Kritik gegen das Rechtssystem des Islams geäussert. Allerdings kann ohne ausreichende Kenntnisse über den Islam das Thema der sogenannten Gleichbehandlung von Mann und Frau nicht eingehend verstanden (und erklärt) werden.

Wie bekannt, gibt es folgende Quellen für das islamische Recht: der Koran[328] (das heilige Buch des Islams), die Überlieferungen des Propheten (sie werden Hadith[329] bzw. Sunnah genannt), Analogie, Consensus (Übereinstimmung) der Rechtsgelehrten, die Tradition (Sitte), das öffentliche Interesse usw.

Der Begriff "**Sharia**" bedeutet wörtlich "**Weg**", "**Straße**". Von den älteren Orientalisten wurde dafür der Ausdruck **"das islamische Gesetz**" gebraucht; er ist heute altmodisch. In der zeitgenössischen Diskussion wird eher der Ausdruck **"das islamische Recht**" verwendet. Ich ziehe diese

[328] Die Versübersetzungen habe ich übernommen aus: Der Koran. Das heilige Buch des Islam. Nach der Übertragung von Ludwig Ullmann, neu bearbeitet und erläutert von Leo Winter, München: Goldmann, 1959.

[329] Bei den Überlieferungen ist zuerst der Name des Hadith-Sammlers, danach die Titel der Abteilung und schließlich die Hadith-Nummer genannt, auf die ich in dem Buch rückverweise.

Ausdrucksweise vor.[330] Die Sharia besteht aus dem Koran, dem von Gott offenbarten letzten heiligen Buch, sowie den betreffenden Überlieferungen und den auf beiden beruhenden Auslegungen von Gelehrten.

I. Gleichheit im Allgemeinen

Absolute Gleichheit zwischen Menschen ist kaum durchführbar. Das heißt, daß es keine absolute Gleichheit gibt. Ein Versuch, zwischen Einzelnen absolute Gleichheit einzurichten, wird gegen die göttliche Ordnung sein. Denn Gott hat Menschen als männlich und weiblich, also als zwei Geschöpfe erschaffen. Jedes der beiden ergänzt das andere, jedes der beiden Geschöpfe braucht das andere, nicht zuletzt, um durch ihr Zusammenkommen neues Leben entstehen zu lassen.

Der Koran enthält darüber folgende Aussagen:

"Wahrlich, die Gläubigen sind Brüder". (Sure 49: 11) (**"Brüder"** sind sowohl männlich als auch weiblich im islamischen Sinne.)

"O, Ihr Menschen, wir haben Euch von einem Mann und einem Weib erschaffen und Euch in Völker und Stämme eingeteilt, damit Ihr liebevoll einander kennen mögt. Wahrlich, nur der von Euch ist am meisten bei Allah geehrt, der am frömmsten unter Euch ist; denn Allah weiß und kennt Alles." (Sure 49: 14). (Also Menschen (Mann und Frau) sind im Grundsatz bei Allah gleich. Wer am frömmsten ist, ist bei Allah am meisten geehrt.)

Hierzu noch einige Beispiele:

"Für die Moslems und die Muslimen, für die gläubigen Männer und für die wahrhaftigen, standhaften und demütigen Männer und Frauen, für die Almosen gebenden und die fastenden, für die keuschen Männer

[330] In verschiedenen Beiträgen ist immer wieder davon die Rede gewesen, daß die "islamische Rechtsprechung" bzw. die islamische Sharia mittelalterlich anmutende Strafen verhänge (vgl. Silvia Tellenbach: Islamisches Recht in der modernen Welt, FAZ vom 23. 3. 1998). Insbesondere anhand des Falles der Nigerianerinnen, die wegen Ehebruchs zum Tode durch Steinigung verurteilt worden waren, wurde die Sharia heftig kritisiert (s. FAZ vom 26. März 2002). Auf der anderen Seite: "Die Sharia, so bemerkte einmal der Islamforscher Joseph Schacht, sei das kostbarste Geschenk des Islams an die Zivilisation." (Wolfgang Günter Lerch, Gottesrecht und Menschenrecht, FAZ vom 18. 11. 2000).

und Frauen, die oft Allahs eingedenk sind, hat Allah Versöhnung und großen Lohn bereitet“ (Sure 33: 36).

“Wer rechtschaffen handelt, sei es Mann oder Frau, und sonst gläubig ist, dem wollen wir ein glückliches Jenseits geben, ihm außerdem mit herrlichem Lohn sein Tun vergelten.” (Sure 14: 98).

“Diesen antwortet der Herr: ‚Ich lasse keine gute Handlung verlorengehen, mag sie ausgeübt haben, wer es auch sei, Mann oder Weib.’” (Sure 3: 196).

II. Die Gebiete der Gleichheit

1) Die Gleichbehandlung von Mann und Frau bezieht sich vor allem auf fünf verschiedene Gebiete: Gleichheit in den Grundrechten, Gleichheit vor dem Gesetz, Gleichheit in öffentlichen Ämtern, Ansprüche auf Chancengleichheit, Gleichheit bei der Teilnahme an (Übernahme von) Verpflichtungen.

2) Dennoch sind Mann und Frau weder körperlich noch seelisch gleich, d. h. die beiden sind ihrer Natur nach verschieden, weil sie von Gott so erschaffen wurden. Dies ist sowohl biologisch als auch rechtlich richtig.

Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, daß aufgrund der verschiedenen Geschlechter auch verschiedene Regulationen erforderlich sind.[331] In diesem Sinne hat auch das Türkische Verfassungsgericht entschieden.[332]

---

[331] S. allgemein dazu: Münch/Kunig, Art. 3, Rdn. 10 ff.; Stern, III/1, S. 1523, 1569; Bd. III/2, S. 631, 1012, 1039, 1047 u. a. - Sachs, Art. 3, Rdn. 38 ff.

[332] “... alle Bestimmungen zum Schutze der Frau als Mutter, Differenzierungen der Art der Leistung für Familiengemeinschaft“ (BVerfGE 3, 225 (242) (1953).

“Arbeitszeitbeschränkung zugunsten der Frau, wie z. B. §§ 17 Abs. 2 und 19 AZO, sind mit Art. 3 Abs. 2 des GG vereinbar.” (BVerfGE 5, 9) (1956).

“Insbesondere ist im Hinblick auf die objektiven biologischen und funktionellen Unterschiede von Mann und Frau nach der Natur der jeweiligen Lebensverhältnisse auch eine besondere rechtliche Regelung erlaubt oder sogar notwendig.” (ebd., 12).

“... wie Mann-Frau, Protestant-Katholik usw. Differenzierungen, die auf anderen Unterschiedlichkeiten der Lebensumstände beruhen, bleiben von dem Differenzierungsverbot unberührt“ (ebd., 12).

ordne “... daher gibt das Verbot der Differenzierung nach dem Vergleichspaar Mann-Frau nur dann, wenn der zu ordnende soziale Lebenstatbestand essentiell unvergleichbar ist, d. h.

3) Das Gleichheitsprinzip zwischen Mann und Frau wurde erstmals im modernen Zeitalter in Frankreich, in der Menschen- und Bürgerrechteerklärung vom 26. August 1789 formuliert (Art. 1). Weltweit wurde dieses Prinzip umfassend in der Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen vom 10. Januar 1948 (Art. 1) bestimmt.

Die Ausführungen des Korans zu Frau und Ehe verraten, dass hier wohl unterschiedliche Traditionen zusammengekommen sind. Wichtig sind die Stellen, die eine prinzipielle Gleichrangigkeit von Mann und Frau hinsichtlich ihres letzten Zieles umschreiben.

In Sure 9: 71-72 heißt es: **"Nur die gläubigen Männer und die gläubigen Frauen sind Freunde untereinander (...) hat Allah Gärten versprochen, von Flüssen durchströmt, worin sie ewig wohnen. eine köstliche Wohnung ist dort in Edens Gärten, doch noch köstlicher für sie ist das Wohlgefallen Allahs. Das ist eine große Glückseligkeit."**

Auch Sure 3 stellt in Vers 195 die ethische Gleichwertigkeit von Mann und Frau heraus: **"Ich lasse keine gute Handlung verlorengehen, mag sie ausgeübt haben, wer es auch sei, Mann oder Weib."**

Sure 2 enthält in Vers 229 eine andere Gleichheitsklausel: **"... sie (Frauen) beidseitig (d. h. Rechte und Pflichten) miteinander in verständnisvoller Güte –** (gleichberechtigt) – **umgehen** (und sich vereinigen)."

4) Trotz der Anerkennung der Gleichberechtigung zwischen Frau und

---

wenn er, vom Geschlecht der Betroffenen abgesehen, weitere wesentliche Elemente umfaßt, die ihrerseits gleich sind. Es müssen also den für Mann und Frau zu vergleichende Tatbestände wesentliche Elemente gemeinsam sein, die verglichen werden können, wie z. B. im Arbeitsrecht oder Wahlrecht." (BVerfGE 6, 389 (423) (1957)
"... daß "objektive" biologische und funktionelle Unterschiede nur dann zu verschiedener Behandlung im Recht führen dürfen, wenn sie das zu ordnende Lebensverhältnis so entscheidend prägen, daß etwa vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurücktreten." (BVerfGE 10, 59 (74) (1959).
"Differenzierende Regelungen können zulässig sein, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Frauen oder bei Männern auftreten können, zwingend erforderlich sind." (BVerfGE 85, 191 (207) (1992).
".. ist danach für alle frauenspezifischen Arbeitsschutzbestimmungen die zwingende Erforderlichkeit zu prüfen. Das gilt auch für spezifische Mutterschutzvorschriften." (Sachs, S. 268, Rdn. 274).

Mann seit der Französischen Erklärung von 1789 dauerte die Ungleichheit zwischen den beiden Geschlechtern auch im 19. und 20. Jahrhundert – wenn auch nur in einigen Bereichen – in aller Welt weiter an. Beispiele:

Gemäß dem Türkischen Zivilgesetzbuch, das vom Schweizerischen Zivilgesetzbuch übernommen worden war, war bis Anfang 2002 der Ehemann der Vorsitzende der Familie. Die Ehefrau durfte ein Gewerbe nur mit der Zustimmung ihres Ehemannes betreiben. Und ZGB Art. 160/1 sieht vor: "Der Name des Ehemannes ist der Familienname der Ehegatten."

Sogar im Bereich der politischen Rechte herrschte (und herrscht bis heute) immer noch Ungleichheit. Eine davon ist das Wahlrecht (aktives und passives), das erst nach vielen Jahrhunderten den Frauen gewährt wurde. In Deutschland wurde das Frauenwahlrecht 1918/1919 eingeführt, in Großbritannien im Jahre 1928, in Frankreich 1946, in der Schweiz 1972 – aber in der Türkei 1934. Hier muss ich daran erinnern, dass die Türkei bereits zu dieser Zeit ein säkularer Staat war.

In diesem Vortrag versuche ich, die Grundzüge des Themas darzustellen, ohne daß ich auf Einzelheiten eingehen könnte. Meine Ausführungen beziehen sich auf zwei Hauptquellen des islamischen Rechts: auf den Koran und auf die authentischen Überlieferungen.

III. Die Gleichbehandlung von Frau und Mann im Islamischen Recht

1) Gleichberechtigung

Im Prinzip ist die Frau im islamischen Recht rechtsfähig und auch geschäftsfähig, d. h. sie darf ein Gewerbe betreiben, über ihr Vermögen verfügen, Klage erheben und angeklagt werden, sich eigenständig an die zuständige Behörde wenden (eine Petition eingeben) und jemanden bevollmächtigen. Es gibt keinen Unterschied zwischen Mann und Frau in der Rechts- und Geschäftsfähigkeit.[333] "**Nach dem islamischen Gesetz hat die Frau uneingeschränktes Recht über ihr Vermögen Wenn sie volljährig ist, kann sie darüber nach ihrem Belieben verfügen. (...) Beim Erwerb von Besitz hat sie die gleichen Rechte wie der Mann:**

[333] S. als ein Beispiel: 21/4/1965 – Klage Nr. 36, Entscheidung Nr. 7.

Sie kann ihn erben, kann ihn als Geschenk oder als Zuwendung annehmen oder kann ihn durch ihre Arbeit verdienen: alles wird ihr – und ihr allein – zugesprochen bleiben.[334]" Die Frau besitzt ein getrenntes Eigentum, auf das der Vater, der Gatte oder irgendein anderer Verwandter keinerlei Anspruch hat.

Auch im Bereich des öffentlichen Rechts können wir Ähnliches feststellen. Die Frau hat Grundrechte und -freiheiten; sie darf lernen und lehren, kann im Öffentlichen Dienst ein Amt innehaben. Sie kann z. B. Lehrerin, Richterin oder auch Mufti (Rechtsprecherin) usw. werden.[335]

2) Ausnahmen - Beispiele für die Ungleichheit

Trotz all dieser grundsätzlichen Gleichheitsrechte sind die Frauen im islamischen Recht in den folgenden Rechtsbereichen mit den Männern nicht gleichgestellt:

a) Sollten Bruder und Schwester gleichzeitig erben, erhält die Schwester die Hälfte des Anteils, den ihr Bruder erbt. Der Koran sagt darüber:

"Hinsichtlich Eurer Kinder hat Allah folgendes verordnet: Männliche Erben sollen so viel haben wie zwei weibliche" (Sure 4: 12).

"Sind aber mehrere Brüder und Schwestern da, so erhält eine Mannsperson so viel wie zwei Frauenpersonen. So lehrt es euch Allah, auf daß Ihr nicht irrt, denn Allah kennt alle Dinge." (Sure 4: 177).[336]

---

[334] S. Bahnassawi, 28 ff., 57 ff.; Bergsträsser, 78; Hamidullah, 213; Lahib, 44; Mutawalli, 416; Rifat, 145; Sachau, 10; Soymen, 92.

[335] Hamidullah 213. Die Erbschaft ist ziemlich kompliziert; s. etwa Hamidullah, S. 213f.; Sachau, 185 ff.

[336] "Zu jeder Zeit der islamischen Geschichte, auch zu der des Propheten, haben die muslimischen Frauen jeden ihnen gemäßen Beruf ausgeübt: sie waren Krankenpflegerinnen, Lehrerinnen, notfalls auch Soldaten an der Seite ihrer Männer; es gibt ferner Sängerinnen, Friseusen, Köchinnen usw. Der Kalif Umar beschäftigte eine Frau (Schifa') als Marktinspektor in der Hauptstadt Medina (İbn Hadschar, Isabah). Diese Dame lehrte Hafsah, eine der Gattinnen des Propheten, das Lesen und Schreiben. Die Rechtsgelehrten lassen Frauen als Richter bei den Gerichtshöfen zu; es gibt dafür einige Beispiele. Kurz, die Frau – weit entfernt von einem Schmarotzerdasein – arbeitet mit dem Manne zusammen, um ihren Lebensunterhalt zu verdienen und ihre Begabungen weiterzuentwickeln." (Hamidullah, 210). Siehe ferner Bahnassawi, 69 ff., 77 ff., 97 ff.. Leider sind alle diese Auslegungen und Meinungen seit langer Zeit nicht praktiziert worden.

b) Dem folgenden Koran-Vers zufolge werden vor Gericht zwei Zeuginnen als ein Zeuge betrachtet:

"O Gläubige, wenn Ihr eine Schuldverpflichtung auf eine bestimmte Frist eingeht, so macht das schriftlich (...) und nehmet zwei Männer aus Eurer Mitte zu Zeugen. Sind aber zwei Männer nicht zur Stelle, so bestimmt einen Mann und zwei Frauen, die sich eignen, zu Zeugen. Irrt sich dann eine, so kann die andere ihrem Gedächtnis nachhelfen." (Sure 2: 283)

c) Bei Familienangelegenheiten innerhalb der Familie ist die Ehefrau von ihrem Mann abhängig; sie muß ihrem Mann gehorsam sein. Der Koran sagt hierüber:

"Männer sollen vor Frauen bevorzugt werden (weil für sie verantwortlich), denn auch Allah hat die einen vor den anderen mit Vorzügen begabt und auch weil jene diese erhalten. Rechtschaffene Frauen sollen gehorsam, treu und verschwiegen sein, auf dass auch Allah sie beschütze." (Sure 4: 35)[337] Er sagt auch: **"Der Mann jedoch hierbei die Herrschaft über sie (Frauen) (genießt Vorrang). Allah ist mächtig und weise"** (Sure 2: 229).

d) Dem Ehemann obliegt das Recht, eine andere Frau (oder bis zu vier Frauen) zu heiraten (Polygamie bzw. Polygynie); die Ehefrau hat hingegen dasselbe Recht nicht (Polyandrieverbot). So sagt der Koran dazu:

"Fürchtet Ihr, gegen Waisen nicht gerecht sein zu können. (...) Auch nehmt nach Gutbefinden nur eine, zwei, drei, höchstens vier Frauen. Fürchtet Ihr aber auch so noch, nicht gerecht sein zu können, so nehmt nur eine oder lebt mit Sklavinnen (die unter Eurer Hand, Eurem Recht stehen, die Ihr auch erwarbt)." (Sure 4: 4).

"Es kann nicht sein, daß Ihr alle Eure Weiber gleich liebt, wenn Ihr es auch wolltet; nur wendet Euch nicht von einer Frau mit sichtbarer Abneigung ab, laßt sie hierüber lieber in Ungewißheit...". (Sure 4: 130)

Hierzu möchte ich auf folgendes hinweisen:

– Es handelt sich hierbei um eine Erlaubnis für Männer, mehr als eine Frau zu heiraten, es ist aber kein "Muss". Die Polygamie ist keinesfalls Regel, sondern eine Ausnahme.

– Das islamische Recht erlaubt die Polygamie. Es verlangt sie nicht,

[337] S. ferner darüber z. B. Karaman, Bd. 1, 282.

sondern erlaubt sie nur in gewissen Fällen, unter bestimmten Umständen und aufgrund von Bedürfnissen.

– Die Polygamie hängt indessen auch von der ersten Frau ab: Sie kann im Ehevertrag bestimmen, daß ihr Mann keine zweite Frau nehmen darf, sie wolle nicht **"Nebenfrau"** werden. Diese Klausel bzw. Bedingung hat gesetzlich die gleiche Gültigkeit wie jede andere Klausel irgendwelcher anderen gesetzlichen Verträge. Wenn eine Frau diese Klausel nicht im Ehevertrag bestimmt bzw. bestimmen will, dann darf sie das Gesetz nicht beschuldigen und sich nicht darüber beklagen.

– Die Erlaubnis der Polygamie steht unter der Voraussetzung, daß der Mann in Bezug auf seine Ehegattinnen Gerechtigkeit walten läßt; sonst wäre es ungesetzmäßig. Ich gebe zu, daß manche bzw. viele muslimische Männer diese Voraussetzung nicht einhalten, sondern ignorieren.

– Vor dem Islam gab es keine Begrenzung der Anzahl der Ehefrauen für einen Mann, er konnte beliebig viele heiraten.[338]

– Der Prophet Mohammed heiratete mehr als vier Frauen. Dieser Umstand wurde zu einem Vorrecht erklärt, das Gott seinem Gesandten allein zugestanden hatte. (Siehe hierzu Sure 33: 51.) - Ich muß allerdings hinzufügen, daß die Ehen des Propheten niemals auf Lust oder Genuß ausgerichtet waren. Statt dessen heiratete Mohammed im Alter von fünfundzwanzig Jahren zuerst eine Witwe (Khadidscha), die vierzig Jahre alt war. Diese Ehe wurde in der Zeit vor dem Prophetentum (vor der Berufung zum Propheten) geschlossen. Mit dieser Witwe, sie heiratete zuvor zweimal, lebte er als junger Mann etwa fünfundzwanzig Jahre. Als er von Gott zum Propheten berufen wurde, war er vierzig Jahre alt. Die folgenden Ehen wurden danach geschlossen - mit Ausnahme einer Ehe mit Witwen oder alten Weibern. Dies geschah mit dem Ziel, daß durch die Ehe mit einer Frau eines verfeindeten Stammes gute und friedliche Beziehungen mit diesem Stamm begründet werden konnten.

Wir können somit ausdrücklich festhalten, daß der Islam die Zahl der Ehefrauen für einen Mann begrenzt und auch von der Gerechtigkeit gegenüber den Ehefrauen abhängig gemacht hat.[339]

---

[338] S. ferner: Bahnassawi, 151 ff., 164 ff.; Hamidullah, 208-210; Soymen, 93 ff.

[339] "In Arabien müssen ursprünglich auch gewissen Formen der Gruppenehe heimisch gewesen

e) Der Ehemann kann jederzeit seine Frau verstoßen; dazu braucht er keine Begründung abzugeben. (Sure 2: 229-230) Diese dem Ehemann zugestandene Befugnis wurde (und wird) manchmal leider mißbraucht. Ein muslimischer Ehemann muß daran denken, daß der Prophet Muhammed sagte: **"Die Ehescheidung ist das von Gott am meisten Verabscheute unter den erlaubten Dingen."** (Abu Daud, Talaq, 3). Das heißt, die Ehescheidung ist erlaubt, sie ist dennoch nicht erwünscht.

f) Andererseits kann auch die Ehefrau sich von ihrem Mann scheiden lassen. Dies wird als der **"Chul"** bezeichnet. Der Chul ist eine Art Auflösung der Ehe, bei der die Frau durch Rückgabe ihres Brautgeldes (des Mahr) sich von ihrem Mann loskauft. Der Koran sagt hierzu folgendes: **"Wenn eine Frau von ihrem Ehemann Rohheit oder Abneigung zu fürchten hat, so ist es keine Sünde, die Sache gütlich unter Euch beizulegen."** (Sure 4: 129). - **"Es ist Euch nicht erlaubt, etwas zu behalten, was ihr ihnen zuvor geschenkt habt."** (Sure 2: 230)[340]

---

sein. Meldet doch die muslimische Überlieferung, daß in der Heidenzeit des öfteren eine Anzahl von Männern nur eine einzige Ehefrau besaß. Vermutlich bestand eine solche Gruppe von Männern meistens aus Verwandten, d. h. aus Brüdern oder aus einem
nem Vater mit seinen Söhnen." (Juynboll, 18) Ich kann auch darauf verweisen, daß es ein gesicherter anthropologischer Befund ist, daß die unterschiedlichen, meist vaterrechtlichen Kulturen auf dieser Erde die Polygamie (Polygynie) besitzen.

[340] S. Bahnassawi, 178 ff.; Juynboll, 218. – Hamidullah (S. 217f.) gibt die folgenden Auskünfte über die Polygamie: "In den religiösen Vorschriften der Antike findet sich keine Einschränkung bezüglich der Anzahl der Frauen, die ein Mann heiraten kann. Die biblischen Propheten waren polygam; und selbst innerhalb des Christentums, mit dem die Vorstellung von der Einehe heute unauflöslich verbunden ist, haben hervorragende Theologen wie Luther, Melanchton, Bucer usw. (vgl. Vigouroux, Dictionnaire de la Bible, Aufsatz "Polygamie") sich nicht gescheut, aus dem Gleichnis der Zehn Jungfrauen (Matth. 25, 1-12), in dem Jesus von der Hochzeit eines Mannes mit zehn Frauen gleichzeitig spricht, das Erlaubtsein, der Polygamie zu folgern. Wenn die Christen keinen Gebrauch von dieser Erlaubnis machen wollen, die ihre Religion zu geben scheint, wird das Gesetz als solches davon keineswegs anders. Und das trifft auch für die Muslime zu, bei deren Gesetz allein die Höchstzahl der polygamen Frauen beschränkt hat. Wegen der christlichen Theorien und Praktiken ebenso wie wegen der allgemeinen Diskussion sei die Encyclopaedia Britannica, Art. Marriage und Polygyny sowie Westermarck, History of Human Marriage, empfohlen." – Aus Westermarck III, 50-51 zitiert Hammidullah (S. 218) folgende (übersetzte) Passage: "Man hat nicht das Recht zu sagen, daß das Christentum die Einehe in der zivilisierten abendländischen Welt befohlen habe... das Christentum untersagt nicht ausdrücklich die Polygamie außer im Fall der Bischöfe und der Diakone. (1. Tim. III, 2 und 12)..., aber keines der christlichen Konzilien aus den ersten Jahrhunderten

Eine zweite Art der Ehescheidung der Frau von ihrem Mann ist der **"Fas'ch".** Der Fas'ch ist die Auflösung der Ehe. Ein Rechtsgrund hierfür ist z. B. das Unvermögen des Ehemannes, seiner Frau den pflichtmäßigen Unterhalt (Nafaka) zu gewähren oder ihr das Brautgeld zu zahlen. In solchen Fällen darf die Ehegattin sich an den Richter wenden, um den Fas'ch zu erlangen. Weigert sich der Ehemann, die ihm gesetzlich obliegenden Unterhaltskosten zu tragen, kann die Ehefrau versuchen, ihn durch Vermittlung der Obrigkeit zur Erfüllung seiner Pflichten zu zwingen.[341]

Über die Rechtsfolgen der Scheidung (Kinderunterhalt, Sorgerecht für Kinder, Aufteilung der Güter etc.) möchte ich hier nicht reden.

3) Bevorzugungen zugunsten der Frau

Vorteile haben die Frauen gegenüber den Männern auf folgenden Gebieten:

a) Frauen sind nicht wie Männer zum Kriegsdienst bzw. Militärdienst und sogar zum Heiligen Krieg (d. h. dem Krieg auf dem Wege Gottes) verpflichtet.[342]

---

hat sich der Polygamie widersetzt; und es wurde ihr auch kein Widerstand entgegengebracht, als sie zur Zeit des Heidentums bei den Königen der Länder üblich war. Um die Mitte des 6. Jahrhunderts hatte Diarmait, der König von Irland, zwei Königinnen und zwei Konkubinen (...). Auch die merowingischen Könige trieben ohne Widerspruch Polygamie. Karl der Große hatte zwei Königinnen und viele Konkubinen; eines seiner Gesetze läßt vermuten, daß die Polygamie auch bei den Priestern nicht unbekannt war (...). Später vollzogen Philipp von Hessen und Friedrich Wilhelm von Preußen die Doppelehe mit Zustimmung der lutherischen Priesterschaft (...). Luther selbst billigte als erster die Doppelehe des ersteren, ebenso wie Melanchthon (...). Luther spricht wiederholt mit großer Duldsamkeit von der Polygamie: sie ist nicht von Gott verboten... die Polygamie würde sicherlich der Scheidung vorzuziehen sein (...) Im Jahre 1650, kurz nach dem Westfälischen Frieden, als die Bevölkerung durch den Dreißigjährigen Krieg sehr starke Verluste erlitten hatte, stimmte der Kriegstag von Franken dafür, daß von nun an jeder Mann das Recht haben sollte, zwei Frauen zu heiraten (...) Einzelne christliche Sekten haben häufig zugunsten der Polygamie gekämpft. Im Jahre 1531 predigten die Wiedertäufer im Münster sie öffentlich und fügten hinzu, daß jeder wahre Christ mehrere Frauen haben müsse (...). Und die Mormonen betrachten, wie jedermann weiß, die Polygamie als göttliche Einrichtung." – Im übrigen verweist er noch auf: Dictionnaire de la Bible von F. Vigoureux, Paris 1912, Bd. IV 513, s. v. Polygamie.

341 S. Bahnassawi, 193 ff.; Hamidullah, 211; Juynboll, 232; Sachau 10, 18.

342 Für die eherechtliche Stellung der Sklaven s. Juynboll, 223-224, für das Konkubinat, *Aynı yer.*, 234; s. Bahnassawi, 199 ff. Ich kann hier auch auf das absolute Scheidungsverbot im Neuen Testament hinweisen (Mt. 19, 6 ff.).

b) Im Strafrecht gibt es ein weiteres Beispiel: Frauen werden bei manchen Verbrechen in geringerem Maße bestraft als Männer. So zum Beispiel beim Irtidad, d. h. dem Abfall vom islamischen Glauben (Apostasie). Hierbei wird eine Frau (die Abtrünnige) nach der Hanefitischen Schule nicht getötet, sondern mit einer Gefängnisstrafe bestraft, während ein Mann bei einem solchen Vergehen mit der Todesstrafe bestraft wird. Das Blutgeld der Frauen beträgt die Hälfte des Blutgeldes der Männer. Das Blutgeld oder der Blutpreis heißt arabisch diyat: Wenn jemand einem anderen schadet, ist er zu Schadenersatz verpflichtet. Im Falle von Körperverletzung heißt die Entschädigung **"ersch",** im Falle von Totschlag heißt sie **"diyat".** Der islamische Staat darf die Summe bestimmen. Das Blutgeld (diyat) betrug in Saudi-Arabien vor einigen Jahren etwa den Gegenwert von hundert Kamelen, was ein Vermögen ist. Allerdings kommt das Blutgeld bzw. der Schadenersatz (ersch) nur im Falle der Zustimmung von Erben des Toten (getöteten) bzw. des Verletzten in Frage; ansonsten wird der Täter vom Staat bestraft.[343]

c) Der Mann muß seiner Ehefrau den pflichtmäßigen Unterhalt und die Unterkunft gewähren. Das kann von der Ehefrau - im Einklang mit dem wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Standard ihres Mannes - eingefordert werden. Sie hat sogar das Recht auf Unterhalt (Nahrung, Kleidung, Wohnung usw.), zu dem das Gericht den Vater, den Gatten, den Sohn, den Bruder (immer einen männlichen Verwandten) zwingen kann.[344]

d) Eine Frau darf nicht ohne ihre Einwilligung verheiratet werden, d. h., sie darf nicht zu einer Ehe mit einem bestimmten Mann gezwungen werden.[345] Ich gebe zu, daß auch diese gesetzliche Bestimmung tatsächlich ab und zu - leider - mißachtet wird.[346]

e) Die Ehefrau ist nicht verpflichtet, ihr Kind selbst zu stillen, solange ihr Mann vermögend genug ist, eine Amme anzustellen.

---

[343] S. Juynboll, 339 u. a.

[344] S. darüber Silvia Tellenbach: Islamisches Strafrecht in der modernen Welt, FAZ vom 23. 03. 1998, S. 10.

[345] Bahnassawi, 53 ff., 159; Bergsträsser, 11; Hamidullah, 215; Lahib, 44-46; Sachau, 5, 18.

[346] Bukhari, Hiyal, 11; *Nikâh*, 41; Muslim, *Nikâh*, 64-68; Daud, *Nikâh*, 23; Ibn Madscha, *Nikâh*, 11; Müsned; 4/192)

f) Der Koran (Sure 24: 4-5) bestimmt, daß diejenigen, die einer Frau Unsittlichkeit vorwerfen, diese aber nicht nachweisen können, sich nicht nur der Bestrafung wegen falscher Anschuldigung aussetzen; sie werden auch nie wieder als glaubwürdig genug angesehen, um als Zeugen vor einem Gericht aufzutreten.[347] Diese Regelung im Koran ist nur für Frauen gültig. Wenn einem Mann dagegen eine Unsittlichkeit vorgeworfen wird, gibt es keine besondere Regelung. Es werden in diesem Fall die allgemeinen Vorschriften angewandt.

g) Die Frau erhält von ihrem Gatten den Mahr, eine vertraglich festgelegte Summe. Ohne den Mahr ist die Heirat selbst ungültig.[348]

4) Gebiete, auf denen die Frauen besonders geschützt werden

a) Der Koran hat die gesetzliche Situation der Frau bestimmt und sie gesetzlich geschützt: **"denn sie sind Euch und Ihr seid Ihnen eine Decke** (Euch gegenseitig unentbehrlich)" (Sure 2: 188) und **"geht vielmehr billig mit ihnen um"** (Sure 4: 20).

b) Auch der Prophet befürwortete den Schutz der Frauen. Als Beispiel kann ich folgende Überlieferungen zitieren:

– **"Die Besten von Euch sind diejenigen, die sich gegenüber ihren Frauen gut benehmen und sie gut behandeln."** Oder: **"Der Beste unter Euch ist der, der seine Ehefrau am besten behandelt." In seiner denkwürdigen Abschiedsrede anläßlich seiner letzten Pilgerfahrt hat Muhammed auch des längeren von der Frau gesprochen. Er sagte dabei vornehmlich: "Und dann, o mein Volk: Eure Frauen haben wirklich ein Recht über Euch; Ihr habt ein Recht über sie (...) Und**

[347] S. Bahnassawi, 35 ff., 56; Juynboll, 210. Für die sogenannte Genußehe (Mut'ah) s. Juynboll, 228. Diese Ehe gilt nur bei den Schiiten als erlaubt, bei den orthodoxen Muslimen dagegen als verboten. Sie ist ein Ehevertrag, der nur für eine bestimmte Zeit gültig ist und danach die Ehegatten geschieden sein sollen. D. h., der Ehevertrag ist zeitlich begrenzt. "Bei diesem ist das Verhältnis zwischen Mann und Frau ein anderes als bei der gewöhnlichen Ehe. Denn der Zweck der Mut'ah-Ehe ist für den Mann nur der, zeitweilig zu haben, nicht aber einen Hausstand zu gründen und Nachkommen zu erzeugen. Solche "Ehen" werden hauptsächlich von Männern geschlossen, die während eines Aufenthaltes in der Fremde ein Verhältnis mit einer dort ansässigen Frau anknüpfen und enden mit dem Wegzug des Mannes." (Juynboll, 228).

[348] "Man kann sogar sagen, daß in gewissen Fällen die Rechte der Frau noch höher geachtet werden." (Hamidullah, 212).

ich befehle Euch, die Frauen gut zu behandeln." (Ibn Madscha, Manasik, 84; İbn Hanbel, Bd. 3/410 und 5/30, 282, 412).

– Und er sagte: **"Der vollkommenste Gläubige ist derjenige, der die vollkommensten Eigenschaften hat und der seiner Ehefrau gegenüber am sanftesten ist."** (Siehe Tirmizî, Redá, 11; und Ibn Madscha, Nikah, 50; Hanbal, 2/472).

"Das Paradies ist unter den Füßen der Mütter." (Fayzu`l-Kadir, Bd. 3, 1391/1972, Daru´l-Marife, Nr. 3642 = S. 361).

"Ein Mann fragte den Propheten, wer unter den Menschen am liebsten ist. Er erwiderte: ‚Deine Mutter'. Der Mann wiederholte seine Frage noch zwei Mal, und er erwiderte: ‚Deine Mutter'. Zum dritten Mal sagte der Prophet ‚Dein Vater'." (Bukhari, Edeb; 2; Müslim, Birr, 4).

– Das private Leben von Frauen ist besonders, sogar auch ihren Männern gegenüber, geschützt worden.[349]

Der Islam hat den Frauen im Bereich der religiösen Anbetungen Zugeständnisse gemacht, und zwar:

– Der Frau ist das tägliche fünfmalige Gebet ebenso auferlegt wie dem Manne, aber mit einigen Zugeständnissen: eine erwachsene Frau ist von der Teilnahme am Ritualgebet der täglichen Gottesdienste während einiger Tage im Monat befreit.

– Die Teilnahme am öffentlichen Freitagsgebet ist ihr freigestellt und nicht wie für den Mann verpflichtend.

– Auch die Strenge des Fastens ist für sie erleichtert; anläßlich ihrer Niederkunft, der monatlichen Regel usw. hat sie das Recht, das Fasten des Monats Ramadan zu vertagen.

– Während des Hadsch (der Pilgerfahrt nach Mekka) ist sie ebenfalls von verschiedenen Übungen befreit, wenn sie diese aus Gründen ihres Frauentums nicht durchführen kann.

Kurz – die Religion ist ihr gegenüber nachsichtig.[350]

---

[349] S. Sachau, 9; Hamidullah, 217.

[350] Siehe: Ibn Kesthir, Kur'âni´l-Azim, Bd. 3, S. 281, ausser der Hadith-Sammlung von Bukhari, Diyat, 23, Abu Dayud, Adab, 127 und Muslim, 43, 44. Sogar in der Rechtsschule der Scha-

– Die göttlichen Befehle und Empfehlungen, die an die Menschheit adressiert wurden, sind gültig für Männer ebenso wie für Frauen.

c) Die Frauen spielen in der Gesellschaft eine ebenso wichtige Rolle wie die Männer:

"Nur die gläubigen Männer und die gläubigen Frauen sind Freunde untereinander. Sie gebieten nur, was recht, und verbieten, was unrecht ist. Sie verrichten das Gebet, geben Almosen und gehorchen Allah und seinem Gesandten. Ihnen ist Allah barmherzig; denn Allah ist allmächtig und allweise." (Sure 9: 71)

In diesem Zusammenhang kann man auch auf den folgenden Koranvers hinweisen**: "Und es gehört zu Seinen Zeichen, daß Er (Gott) aus Euch Gattinnen für Euch schuf, daß Ihr ihnen beiwohnt, und Er richtet zwischen Euch Liebe und Erbarmen auf."** (Sure 30: 22).

5) Die Stellung der Frau in den islamischen Ländern[351]

Die bisherigen Darstellungen betrafen die theoretische Grundlinien des islamischen Rechts, die den Hauptquellen, Koran und Überlieferungen, entnommen sind. Nun möchte ich einen kurzen Eindruck über die Situation der Frau in der heutigen islamischen Welt geben. Mit anderen Worten möchte ich einen Überblick über die heutige Praxis der Gleichbehandlung von Mann und Frau im islamischen Recht geben. Dadurch können wir den Unterschied bzw. die Vereinbarkeit der Praxis mit dem islamischen Recht beobachten.

Zu diesem Thema sind folgende Punkte hervorzuheben.

a) Die islamischen Länder liegen in einem weiten Gebiet der Erde: Von Fernosten (Indonesien) bis zum Atlantischen Ozean (Marokko, Mauretanien), von Norden die Türkei (die Türkei ist verfassungsrechtlich im zeitgenössischen Sinne ein säkularer Staat, dessen Bevölkerung überwiegend, d. h. zu 98 %, muslimisch ist. Deshalb ist sie ein islamisches Land und ein Mitglied der Organisation der islamischen Konferenz.) bis zum Süden (Sudan); die circa fünfzig islamischen Länder haben ziemlich

---

fiitischen sind sie von Kleinodien oder Schmuck, die zum persönlichen Gebrauch angelegt werden, von der Zekat, d. h. (Armen-)Steuer, ausgenommen.

[351] Siehe: Khoury/Heine/Oebbecke, 54 ff.; Schmied; Steinbach, 604 ff.

unterschiedliche politische, soziale und rechtliche Strukturen, obwohl deren Bürger zum großen Teil Muslime sind. Wollte man die aktuelle rechtliche Situation in der islamischen Welt mit einem Wort beschreiben, wäre die Feststellung "verwirrend" sicherlich nicht unangemessen. Trotzdem möchte ich folgende Beobachtungen und Feststellungen anbieten:

– Es gibt keine Homogenität in der rechtlichen Lage der Frau in der islamischen Welt, so dass es nicht möglich ist, gemeinsame Richtungen festzustellen.

– Seit nahezu zweihundert Jahren gehört das Thema **"Frau im Islam"** zu den umstrittensten Themen überhaupt.

– Wenn man über die Position der Frau in den islamischen Ländern der Gegenwart sprechen will, dann muss man die Lage vom Beginn der Modernisierung im vorigen Jahrhundert bis heute umreißen, unter Einbeziehung der Säkularisierungstendenzen.

b) Insgesamt können wir die islamische Welt nach der rechtlichen Situation der Frau in drei Gruppen einteilen:

– Einige islamische Länder sind säkularisiert worden. In manchen Ländern redet man von einem "Umdenken, einer Modernisierung und Erneuerung" seit dem 19. Jahrhundert. Die Türkei ist zum Beispiel in der ersten Reihe dieser Länder.

– In einigen Ländern beobachtet man Tendenzen zur Säkularisierung auf dem Gebiet des Rechts im 20. Jahrhundert, auch wenn nicht so tiefgreifend wie in der Türkei, z. B. Tunesien, Algerien, Ägypten, Syrien u. a. Neben dieser Entwicklung gelten die islamischen Vorschriften weiter.

– In anderen Ländern dominieren weitgehend die islamischen Vorschriften, z. B. in Saudi-Arabien, Iran und Sudan.

c) In den meisten islamischen Ländern sind persönliche Rechte (wie Ehe, Scheidung, Erbrecht etc.) dem islamischen Recht unterworfen. Dagegen wurden manche Institutionen des öffentlichen Rechts von westlichen Regelungen übernommen, wie das aktive und passive Wahlrecht.

d) Nach diesen Grundbesonderheiten und Vorbemerkungen möchte ich manche Entwicklungen hinsichtlich der Gleichbehandlung von Mann und Frau in der islamischen Welt darstellen:

– In Verbindung mit Sure 4: 129, die dem Mann die Fähigkeit abspricht, alle seine Ehefrauen gleich gerecht zu behandeln, und wegen des Missbrauchs der Polygamie durch Männer ist die Monogamie stufenweise eingeführt worden.

– Bildungsmöglichkeiten für Mädchen wurden etappenweise von staatlichen Institutionen geschaffen. In der Türkei seit 1863 (Istanbul), in Ägypten 1873 (Kairo), im Irak 1898 (Bagdad), Iran 1918 (Teheran), 1928 in Bahrain und 1956 in Saudi-Arabien (Riad) wurde die erste staatliche Mädchenschule eröffnet.

– Frauen im Beruf wurden als Ärztin (1922-Türkei), Rechtsanwältin (1927-Türkei) und Richterin (1932-Türkei) zugelassen. Vom Beruf des Richters sind Frauen in fast allen islamischen Ländern bis heute ausgeschlossen. Nur Syrien setzt in den letzten Jahren Frauen als Familienrichterin ein. 1979 wurden im Irak drei Rechtsanwältinnen ernannt. Atatürks säkulare Reformen eröffneten Frauen in der Türkei viele rechtliche und berufliche Möglichkeiten und sind somit zum Vorbild in anderen islamischen Ländern geworden: Die erste arabische Ministerin gab es 1959 im Irak, eine erste Ministerpräsidentin gab es 1989 in Pakistan, aber 1993 erst in der Türkei.

1926 übernahm die Türkei, wie bekannt, das schweizerische Zivilgesetzbuch en bloc. Für die Berufstätigkeit der Frau war die Bewilligung ihres Mannes erforderlich (ZGB Art. 158). Diese Vorschrift war für etwa 70 Jahre gültig. Danach hat das Türkische Verfassungsgericht sie für nichtig erklärt. Das neue türkische Zivilgesetz, das am 1. 1. 2002 in Kraft getreten ist, hat die Ehegatten hinsichtlich der Berufstätigkeit gleichgestellt.

e) Der organisierte Kampf für soziale, juristische und politische Rechte von Frauen wurde vornehmlich von Frauenorganisationen realisiert, u. a.:

– Aktives und passives Wahlrecht für die Parlamentswahlen (1934-Türkei)

– Seit Mitte der sechziger Jahre in den meisten Ländern des vorderen Orients das aktive Wahlrecht.

f) Im Gebiet des islamischen Familienrechts kann man eine noch klarere Entwicklung beobachten. Diesbezüglich haben die Anstrengungen

manche religiöser Reformer wie Muhammed Abduh und Jamal ab-Din-al-Afghani eine große Rolle gespielt. In Folge dieser Bemühungen sind manche Regelungen im Gebiet der Frauenrechte in Libyen, Iran, Sudan, Ägypten und Saudi-Arabien zugunsten der Frau realisiert worden:

– Tunesien hat die Polygamie verboten (1956).

– In nahezu allen anderen Ländern muss der Mann, der eine zweite Frau heiraten will, die erste um Erlaubnis bitten oder vor dem Gericht nachweisen, dass er finanziell in der Lage ist, auch den zweiten Hausstand zu unterhalten.

– In nahezu allen Ländern wurde die Zwangsehe eines minderjährigen Mädchens gesetzlich verboten.

– Die Möglichkeiten der Ehefrau, vor Gericht eine Scheidung von ihrem Mann zu verlangen, wurden erweitert.

– Tunesien und Südjemen haben die Begrenzung des Brautgeldes ("mahr") vorgenommen.

– Ein typisches Beispiel in diesem Gebiet ist das algerische "Familiengesetz vom 9. 6. 1984", das folgendes vorschreibt:

o Der Richter kann das gesetzliche Heiratsalter herabsetzen.

o Für die Eheschließung sind die Zustimmung beider Partner, zweier Zeugen und die Brautgabe erforderlich.

o Eine Scheidung kann auf Wunsch des Mannes in gegenseitigem Einverständnis oder auch auf Wunsch der Frau erfolgen, wenn besondere Gründe geltend gemacht werden (z. B. die Zeugungsunfähigkeit des Mannes, wie oben erwähnt).

o Bei einer Scheidung auf Wunsch der Frau kann der Mann einen Teil der Brautgabe zurückverlangen, diese darf jedoch nicht überschritten werden ("khul").

o Die Erziehung der Kinder in der Religion des Vaters obliegt der Mutter: bei Söhnen bis zum Alter von zehn Jahren und bei Töchtern bis zur Heiratsfähigkeit.

g) Bei all diesen Entwicklungen haben sowohl die abendländischen Denkweisen, als auch die Bestrebungen der modernen religiösen Reformer in der islamischen Welt eine große Rolle gespielt. Die Entwicklungen

werden jedoch in dieser oder jener Form von der politischen und wirtschaftlichen Situation des jeweiligen Landes abhängig sein.

6) Schlußfolgerungen

a) Mann und Frau sind von Gott seelisch und körperlich unterschiedlich erschaffen worden. Die Verschiedenheit in der Schöpfung benötigt verschiedene juristische Regelungen, divergierende Rechte und Pflichten.

b) Das heißt aber nicht, dass das Gleichheitsprinzip zwischen Männern und Frauen nicht existiert und die Männer seien privilegiert. Kurz gesagt: Frauen haben in bestimmten Bereichen und gewissen Fällen weniger Rechte als Männer, sie haben aber gleichzeitig weniger Verpflichtungen als diese. Ein typisches Beispiel: Der Ehemann muß arbeiten und seine Frau unterhalten, d. h. ihren täglichen Lebensbedürfnissen entsprechen. Es ist aber klar, daß Unterhalt und Unterkunft der Ehefrau im Einklang mit dem wirtschaftlichen Standard des Mannes stehen sollen.

c) Falls wir die absolute Gleichheit zwischen Mann und Frau durchführen wollen, sollen wir dann die Frau zum Militärdienst verpflichten oder im Bergbau unter der Tage arbeiten lassen? Die moderne Gesellschaft hat die körperliche und seelische Besonderheit der Frau im Auge behalten und hier gemäßigte Regelungen geschaffen.[352] Und das ist die heutige Regelung in der modernen westlichen Gesellschaft.[353]

d) Im allgemeinen haben die muslimischen Länder verfassungsrechtlich gleiche Rechte und Freiheiten für Frauen wie für Männer gewährleistet, dagegen sind in ihren Gesetzen einige strukturelle Einschränkungen vorgesehen. Dieses Thema erfordert allerdings eine umfassende Forschung über die Verfassungen

[352] Z. B. "Eine Dienstverpflichtung von Frauen in Bundeswehr, Bundesgrenzschutz und Zivilschutzverbänden außerhalb des Verteidigungsfalles, GG Art. 12a IV, ist ausgeschlossen." (Sachs, Art. 3, Rd. 270). S. für verschiedene bzw. differenzierte Regeln im Steuerrecht vgl. Münch/Kunig, Art. 3, Rdn. 51 ff.; 84 ff.; Stern, Bd. III/2, S. 1429, 1735, 1784, 1799 u. a.; zu Nachtarbeitsverboten für Arbeiterinnen: Sachs, S. 239, Rdn. 273. Auf der anderen Seite möchte ich nicht von der tatsächlichen und rechtlichen Gleichheit reden (s. Sachs, Rdn. 44 zu Art. 3 und die dort zitierten Quellen; Münch/Kunig, Art. 3, Rdn. 87 ff.).

[353] S. dazu Sachs, 210 ff. - "Bevorzugungen und Benachteiligungen sind ausnahmsweise zulässig, wenn sie an objektive biologische Unterschiede anknüpfen und zwingend erforderlich sind." (Schmalz, 203); vgl. auch Siekmann/Duttge, 359 ff.

der muslimischen Staaten.[354]

e) **“Der Mann und die Frau ergänzen sich gegenseitig (vgl. Sure 2: 187); daher ist es zu ihrem Besten, wenn sie im Guten nebeneinander zu leben versuchen. (...) Tatsächlich wird der Mensch** (Frau und Mann! - S. A.)**, je klüger er ist, desto mehr Zugeständnisse machen, besonders weil er stärker ist.”**[355] Der Islam hat das Verheiratetsein als allgemeines Ziel entworfen.

f) Der Prophet Muhammed hat gesagt: “**Die Welt ist etwas Vergängliches, bei dem man zeitweise Gewinn haben kann; und unter den Dingen dieser Welt gibt es nichts Besseres als eine Frau, die Gutes wirkt.”** (Ibn Madscha, Nr. 1855; vgl. auch: Müslim, Rida, 17; Nasai, Nikâh, 14-15). Bei Hamidullah heißt es: **“Mann und Frau sind die beiden Fundamente der Familie. Diese Grundlage wird mit der Heirat gelegt. Darum wird derartige Heirat im Islam eine große Bedeutung beigemessen. Mit der Gründung der Familie bildet sich die Gemeinschaft.”**[356]

g) Die oben genannten Vorschriften werden tatsächlich nicht realisiert, wo moralische Bindungen und ethische Leitlinien (z. B. Ehre, Scham bzw. Schüchternheit, Keuschheit, würdige Haltung usw.) fehlen. Durch rechtliche Regelungen lässt sich in Fragen der Gleichbehandlung von Mann und Frau wenig ausrichten: Die Hauptquellen des islamischen Rechts, d. h. der Koran und die Überlieferungen, erfordern auch eine moralisch und erzieherisch reife Gesellschaft.

LİTERATUR

Armagan, Servet: Islam Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği (Unantastbarkeit des privaten Lebens (Intimsphäre) im Iskamischen Recht),

[354] In der in Berlin vorgelegten “Islamischen Charta“ des Zentralrates der Muslime in Deutschland vom 20. Februar 2002 steht wörtlich: “Das Islamische Recht gebietet, Gleiches gleich zu behandeln, und erlaubt, Ungleiches ungleich zu behandeln.” (Frankfurter Rundschau vom 22. Februar 2002, S. 14). Gleiches, sowie Ungleiches hier, bedeutet meiner Meinung nach: gleiche Fähigkeit, gleiche Bildung, gleiche Leistung usw. Darüber bestimmen die zuständigen Stellen.

[355] Hamidullah, 210.

[356] Siehe ferner *Aynı yer*, 206f.

in: Zeitschrift des Instituts für Islam-Forschung (Islam Arastirmalari) der Universität Istanbul (Bd. VI, Heft 3-4, 1976), S. 141-168.

al-Bahnassawi, Salim: Die Stellung der Frau zwischen Islam und weltlicher Gesetzgebung (aus dem Englischen), München: SKD Bavaria, 1998.

Bergsträsser, Gotthelf: Grundzüge des Islamischen Rechts, Berlin und Leipzig: de Gruyter, 1935.

Hamidullah, Muhammed: Der Islam. Geschichte, Religion, Kultur. Ankara: Publikation der türkischen Religionsstiftung, 1996.

Hukuk: Hukuku`l-Insan fi´islam (arabisch) (Die Menschenrechte im Islam) Zeitschrift der islamischen Liga, Makka, Muharrem 1400 n. H. (Dez. 1979 n. Chr.) (Sonderausgabe).

Juynboll, Theodor Willem Jan: Handbuch des Islamischen Gesetzes nach der Lehre der Schafiitschen Schule nebst einer Allgemeinen Einleitung, Leiden/Leipzig: Brill-Otto Harrasowitz, 1908.

Karaman, Hayrettin: Mukayeseli Islam Hukuku (Das vergleichende Islamische Recht) (türkisch), Istanbul: Irfan Verlag, 1974.

Khoury, Adel Theodor/Peter Heine/Janbrend Oebbecke: Recht und Kultur des Islams in der Gesellschaft von Deutschland, Gütersloh: Gütersloh Verlag, 2000.

al-Lahib, Ahmed: Hukuku´l-Insan fi´l-Memleketi ve Eseruha Ala Muctemeus-Suudi (arabisch) (Menschenrechte im Königreich Saudi Arabien und deren Einwirkung auf die saudische Gesellschaft), (in: Hukuk), S. 31-63.

Münch, Ingo von/Philip Kunig (Hrsg.): Das Grundgesetz – Kommentar, 5. Aufl. München: Beck, 2000.

Mutawalli, Abdülhamid: Mebadiu Nizamu´l-Hukm fi´l-Islam, Kairo: Daru´l-Maarif, 1966.

Rifat, Safa Muhammed: el-Mer´etü fil´l-Zilali´l-Islam (arabisch) (die Frau im Schatten des Islams) (in: Hukuk), S. 144-148.

Sachau, Eduard: Mohammedanisches Recht nach Schafiitischer Lehre, Stuttgart/Berlin, Spemann, 1897.

Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz – Kommentar, 2. Aufl., München: Beck, 1999.

Schmalz, Dieter: Grundrechte, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 1997.

Schmied, Martina: Familienkonflikt zwischen Sharia und Bürgerlichem Recht, Frankfurt a. M.: Lang, 1999.

Siekmann, Helmut/Gunnar Duttge: Staatsrecht I: Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt a. M.: EuWi-Verlag, 1999.

Soymen, Mehmet: Kleiner Islamischer Katechismus (übersetzt von Hulusi Ahmet Schmiede), 2. Aufl., Ankara: Veröff. der Behörde für religiöse Angelegenheiten, 1983.

Steinbach, Udo (Hrsg.): Der Islam in der Gegenwart, 4. Aufl. München: Beck, 1996.

Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1-2, München: Beck, 1988 (Teil 1), 1994 (Teil 2).

BİBLİYOGRAFYA



BİRİNCİ KİTABIN BİBLİYOGRAFYASI

AGHNIDES, P.: *İslâmın Mali Hükümleri* (Çev.: Prof. Dr. **Servet ARMAĞAN)**, İstanbul, 2003, İnsan y.

AKŞİT, Cevat: *İslâm Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları*, İstanbul, 1976 (Doktora Tezi).

Ansay, Sabri Şakir: *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, düzeltilmiş ve genişletilmiş 3. Bası, Ankara 1958 (A. Ü. İlâhiyat F. Y.).

BAYINDIR, Abdülaziz: *İslâm Açısından Sarhoş Edici İçkiler*, İslâm Medeniyeti, c. IV, s. 3, sh. 3-17.

Bedran, Bedran Ebu'l-Ayneyn: *eş-Şeriatü'l-İslâmiyye*, İskenderiye, 1392/1972.

BELGESAY, Mustafa Reşit: *Kur'ân'ın Hükümleri ve Modern Hukuk*, İstanbul, 1963 (İÜHF. Y.).

BERGSTAESSER, G.: *Grundzüge des Islamischen Rechts*, Berlin, 1938.

BÜYÜK Haydar Efendi: *Usul-i Fıkıh Dersleri*, 2. Basılış, İstanbul, (?).

Bilmen, Ömer Nasuhi: *Hukuk-u İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye*, 1. Cilt, 2. Baskı, İstanbul, 1955 (İÜHF. Y.).

Ebû Zehra, Muhammed: *İslâm Hukuku Metodoloji (Fıkıh Usulü)* (Terc. Dr. **Abdülkadir Şener)**, Ankara, 1973 (AÜİF. Y.).

Ebû Zehra, Muhammed: *İslâm'da Beşerî Münasebetler* (Terc. **Hüseyin Algül – Osman Şekerci), İstanbul**, 196 (Şâmil y.).

el-BUTİ, Muhammed Said: Min Revai-il-Kur'ân, Dimaşk – Suriye et-Tab'atü's Saniye, 1390-1970.

el-KATTAN, **Menna:** *Mebahisu fi Ulum-i'l-Kur'ân*, ed-Daru'-Saudiyyetü Lilneşr. (?)

el-MÜBAREK, Muhammed: *Çağdaş İslâm Toplumu* (Terc. Mehmed Beşer), İstanbul, 1975 (Hilâl y.).

ESAD Mahmud: *Telhis-i Usul-i Fıkıh*, İzmir, 1309.

Hallaf, Abdülvahhap: *İslâm Hukuku Felsefesi (Fıkıh Usulü)*, (Terc. Doç. Dr. **Hüseyin Atay),** Ankara, 1973 (AÜİF. Y.).

HAMİDULLAH, Muhammed: *Hamam İbn Münebbihin Sahifesi*, (Terc. **Talât Koçyiğit),** Ankara, 1967.

el-HUDARİ, Muhammed: *İslâm Hukuku Tarihi* (Terc. Haydar Hatipoğlu), İstanbul, 1974 (Kahraman y.).

İslâm Ansiklopedisi.

İZMİRLİ, İsmail Hakkı: *İlm-i Hilâf.*

KÂMİL, Kadir: *İslâm Hümanizmi* (Terc. **Cemal Arzu),** İstanbul, 1972.

KARAMAN, Hayreddin: *Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslâm Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1975 (İrfan y.).

___: *İslâm Hukukunda İçtihad*, Ankara, 1975 (Diyanet İşleri Başk. Y.).

MUSA, Muhammed Y.: *Fıkh-ı İslâm Tarihi* (Çev. **Ahmet Meylânî**), İstanbul, 1973.

NAİM, Ahmet: *Sahih-i Buhârî Muhtasarı Tecrid-i Sarih Tercemesi*, 1. Cilt, 4. Baskı, Ankara, 1978.

Nebhan, Muhammed Faruk: *Nizamü'l-Hukm fi'l-İslâm*, el-Küveyt, 1974 (Küveyt Ü. Y.)

NURSİ, Bediüzzaman Said: *İşaretü'l-İcaz*, İstanbul, 1959.

NURSİ, Bediüzzaman Said: *Sözler*, İstanbul, 1959.

RAFİİ, Mustafa: *İslâmda Sosyal Düzen* (Terc. Ahsen Batur), İstanbul, 1975 (Fikir y.).

SAVA PAŞA: *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd* (çev.: Baha Arıkan), Ankara, c. II, 1956, Diyanet İşleri y.

SIDDIKİ, Muhammed Zübeyr: *Hadis Edebiyatı Tarihi* (Terc. **Yusuf Ziya Kavakçı**), İstanbul, 1966 (İrfan y.).

SÖNMEZ, Âbidin: "*Sünnetin İslâm Hukukundaki Yeri ve Önemi*", *İslâm Medeniyeti*, c. IV, s. 1, sh. 7-52.

SUNAR, Cavit: *İslâm Dininin Kaynağı ve Gayesi*, AÜİF. Dergisi, c. XXII, 1978, sh. 59-95.

Şeltut, Mahmud: *el-İslâm Akidetün ve Şeria*, et-Tab'utu's-Saniye, Kahire, 1964, Daru'l-Kalem.

Şener, Abdülkadir: *Kıyas*, *İstihsan*, *İstislah*, Ankara, 1981.

TURNAGİL, Ahmet Reşid: *İslâmiyet ve Milletlerarası Hukuku*, İstanbul, 1972 (Bu kitap İÜHFM., c. VIII, s. 1-2'de, 1942 yılında yayınlanan makalenin o zaman basılan nüshasının Sebil Yayınevi tarafından yeniden yayınlanmış metnidir).

Zeydan, Abdülkerim: *İslâm Hukukuna Giriş* (Terc. Doç. Dr. **Ali Şafak),** İstanbul, 1976 (Sırdaş y.).

İKİNCİ KİTABIN BİBLİYOGRAFYASI

AGHNIDES P. Nicolas: *İslâm'ın Malî Hükümleri* (Çeviren: **Prof. Dr. Servet Armağan**), İstanbul, 2003, İnsan y.

ARMAĞAN, Servet: *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2007, 6. baskı.

BELGESAY, Mustafa Reşit: *Kur'ân Hükümleri ve Modern Hukuk*, İstanbul, 1963, İÜHF y. No: 1015/211.

Bilmen, Ömer Nasuhi: *Hukukî İslâmiyye ve İstilâhatı Fıkhiyye Kamusu*, c. 1-8 İstanbul, 1948-1952. İÜHF y.

HAMİDULLAH, Muhammed: *İslâmda Devlet İdaresi* (**Terc: K. Kuşçu**) İstanbul, 1963.

HİTTİ, Philippe: *Siyasi ve Kültürel İslâm Tarihi* (Terc: **Prof. Dr. Salih TUĞ**) İstanbul, 1980 Boğaziçi y. 3. cilt.

KARAMAN, Hayrettin: *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul, 1991 Nesil y. 3 cilt.

MAVERDÎ, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed: *el-Ahkâmu's Sultaniyye*, (Terc: **Dr. Ali ŞAFAK**) Bedir y. İstanbul, 1972.

MEVDUDİ, Abul Âla: *İslâm'da Hükümet* (Çeviren: **Ali Genceli),** Hilal Yayınları Ankara, (?)

Nebhan, Muhammed Faruk: *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku'nun Genel*

Esasları (Terc: Prof. Dr. Servet Armağan), İstanbul 1980, Sönmez y.

TURNAGİL, Ahmet Reşit: *İslâmiyet ve Milletler Hukuku*, İstanbul, 1972, Sebil y.

ZERKA, Ahmet: *Çağdaş Yaklaşımla İslâm Hukuku*, 1993, İstanbul, Timaş y., (tercüme: Prof. Dr. Servet Armağan) 3. cilt.; 2. baskı, İstanbul, 2006, Gündönümü y.

ENDEKSLER



1- ÂYET ENDEKSİ[357]

[357] Rakamların yanındaki bölü (/) çizgisinden sonraki sayı dipnot numasını gösterir.

Sûre	Âyet	Sh.
Mâide,	90	69
Maide,	101	97
Mâide,	3	222
Maide,	45	152
Mâide,	67	57
Mâide,	91	71
Necm,	39	160
Nisâ,	15	148
Nisâ,	24	242
Nisâ,	36	48
Nisâ,	59	53
Nisâ,	65	53
Nisâ,	115	65
Nur,	2	148
Nûr,	3	149
Nûr,	6	148
Şûra,	13	85
Şûra,	14	85
Şûra,	15	85
Yâsîn,	78-79	71
Yusuf,	40	48

HADİS ENDEKSİ



KARMA ENDEKS



A

I

K

L

M

N

O/Ö

P

R

S

Ş

T

U/Ü

V